

GL 341.552

INT



107269
LBSNAA

शास्त्री प्रशासन अकादमी
Lal Bahadur Shastri Academy

of Administration

मसूरी

MUSSOORIE

पुस्तकालय

LIBRARY

अवाप्ति संख्या

Accession No. ~~6318~~ 107269

वर्ग संख्या

Class No. 341.552

पुस्तक संख्या

Book No. Int

12 APRIL 1960

JUDGMENT

CASE CONCERNING
RIGHT OF PASSAGE OVER
INDIAN TERRITORY
(PORTUGAL *v.* INDIA)
MERITS

AFFAIRE DU
DROIT DE PASSAGE
SUR TERRITOIRE INDIEN
(PORTUGAL *c.* INDE)
FOND

12 AVRIL 1960

ARRÊT

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1960
12 April
General List:
No. 32

YEAR 1960

12 April 1960

CASE CONCERNING RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN TERRITORY

(PORTUGAL *v.* INDIA)

MERITS

Jurisdiction of Court.—*Optional Clause.*—*Declaration of acceptance of jurisdiction of Court.*—*Reservation of disputes as to matters falling within domestic jurisdiction.*—*Jurisdiction accepted subject to reservation ratione temporis.*—*“Disputes” and “facts or situations” subsequent to specified date.*

Merits.—*Judicial determination of right claimed.*—*Maratha period.*—*British and post-British periods.*—*Practice accepted as law by Parties.*—*Local custom.*—*Question of right of passage in respect of private persons, civil officials, goods in general, armed forces, armed police, and arms and ammunition.*—*Exercise of power of regulation and control by Sovereign of intervening territory.*

JUDGMENT

Present: President KLAESTAD; *Vice-President* ZAFRULLA KHAN;
Judges BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI,
ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, MORENO QUINTANA,
CÓRDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy
SPENDER; *Judges ad hoc* CHAGLA and FERNANDES;
Deputy-Registrar GARNIER-COIGNET.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1960

12 avril 1960

1960
Le 12 avril
Rôle général
n° 32

AFFAIRE DU
DROIT DE PASSAGE
SUR TERRITOIRE INDIEN
(PORTUGAL c. INDE)

FOND

Compétence de la Cour. — Disposition facultative. — Déclaration portant acceptation de la juridiction de la Cour. — Réserve des différends relatifs à des questions relevant de la compétence nationale. — Compétence reconnue sous la réserve ratione temporis. — « Différends » et « faits ou situations » postérieurs à une date déterminée.

Fond. — Reconnaissance judiciaire du droit prétendu. — Période mahralte. — Périodes britannique et post-britannique. — Pratique acceptée par les Parties comme étant le droit. — Coutume locale. — Question du droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils, les marchandises en général, les forces armées, la police armée et les armes et munitions. — Exercice du pouvoir de réglementation et de contrôle par le souverain du territoire intermédiaire.

ARRÊT

Présents : M. KLAESTAD, Président ; M. ZAFRULLA KHAN, Vice-Président ; MM. BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER, Juges ; MM. CHAGLA et FERNANDES, Juges ad hoc ; M. GARNIER-COIGNET, Greffier adjoint.

7 RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN TERRITORY (JUDGM. 12 IV 60)

In the case concerning right of passage over Indian territory,

between

the Republic of Portugal,

represented by

Dr. João de Barros Ferreira da Fonseca, Ambassador of Portugal
at The Hague,

as Agent,

and by

Professor Inocêncio Galvão Telles, Director of the Faculty of
Law in the University of Lisbon, Member of the Upper House,
as Agent, Advocate and Counsel,

assisted by

M. Maurice Bourquin, Professor of the Faculty of Law in the
University of Geneva and in the Graduate Institute of Inter-
national Studies,

as Advocate and Counsel,

and by

M. Guilherme Braga da Cruz, Director of the Faculty of Law in
the University of Coimbra, Member of the Upper House,

M. Pierre Lalive d'Épinay, Professor of the Faculty of Law in
the University of Geneva,

M. Joaquim Moreira da Silva Cunha, Professor of the Faculty of
Law in the University of Lisbon, Member of the Upper House,
as Counsel,

and by

M. Henrique Martins de Carvalho, Counsellor for Overseas
Affairs at the Ministry for Foreign Affairs,

M. Alexandre Marques Lobato, Secretary of the Centre for Over-
seas Historical Studies,

M. João de Castro Mendes, Assistant in the Faculty of Law in the
University of Lisbon,
as Experts,

and by

M. José de Oliveira Ascensão, Assistant in the Faculty of Law
in the University of Lisbon,

M. Carlos Macieira Ary dos Santos, Secretary of the Embassy of
Portugal at The Hague,

M. António Leal da Costa Lobo, Secretary of Legation,
as Secretaries,

En l'affaire du droit de passage sur territoire indien,

entre

la République du Portugal,

représentée par

M. João de Barros Ferreira da Fonseca, ambassadeur du Portugal
à La Haye,
comme agent,

et par

M. Inocêncio Galvão Telles, directeur de la faculté de droit de
l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre Haute,
comme agent, avocat et conseil,

assistés de

M. Maurice Bourquin, professeur à la faculté de droit de l'Univer-
sité de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études
internationales,
comme avocat et conseil,

et de

M. Guilherme Braga da Cruz, directeur de la faculté de droit de
l'Université de Coïmbre, membre de la Chambre Haute,

M. Pierre Lalive d'Épinay, professeur à la faculté de droit de
l'Université de Genève,

M. Joaquim Moreira da Silva Cunha, professeur à la faculté de
droit de l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre Haute,
comme conseils,

et de

M. Henrique Martins de Carvalho, conseiller pour l'outre-mer au
ministère des Affaires étrangères,

M. Alexandre Marques Lobato, secrétaire du Centre d'études
historiques de l'outre-mer,

M. João de Castro Mendes, assistant à la faculté de droit de
l'Université de Lisbonne,
comme experts,

et de

M. José de Oliveira Ascensão, assistant à la faculté de droit de
l'Université de Lisbonne,

M. Carlos Macieira Ary dos Santos, secrétaire de l'ambassade du
Portugal à La Haye,

M. António Leal da Costa Lobo, secrétaire de légation,
comme secrétaires,

and

the Republic of India,
represented by

Shri M. C. Setalvad, Attorney-General of India,
as Agent and Counsel,

assisted by

Maitre Henri Rolin, Professor of International Law in the Free
University of Brussels, Advocate, Member of the Belgian
Senate,

The Rt. Hon. Sir Frank Soskice, Q.C., M.P., former Attorney-
General of England,

M. Paul Guggenheim, Professor of International Law of the Law
Faculty in the University of Geneva and in the Graduate
Institute of International Studies,

Professor C. H. M. Waldock, C.M.G., O.B.E., Q.C., Chichele
Professor of Public International Law in the University of
Oxford,

Mr. J. G. Le Quesne, Member of the English Bar,
as Counsel,

and by

Shri Vasant Govind Joshi,

Shri Vishwanath Govind Dighe,

Shri Vithal Trimbak Gune,

Shri Leofredo Agenor de Gouvea Pinto,

Shri Ram Swarup Bhardwaj, from the Goa Research Unit, Ministry
of External Affairs,

Shri João Francisco Caraciolo Cabral, of the Legal Department,
High Commission of India, London,

as Expert Advisers,

and by

Shri J. M. Mukhi, Legal Adviser in the Ministry of External
Affairs,

as Assistant Agent and Secretary,

THE COURT,

composed as above,

delivers the following Judgment:

By its Judgment of 26 November 1957, the Court rejected four
of six Preliminary Objections raised by the Government of India
to the jurisdiction of the Court to entertain an Application insti-

et

la République de l'Inde,
représentée par

M. M. C. Setalvad, *Attorney-General* de l'Inde,
comme agent et conseil,
assisté de

M^e Henri Rolin, professeur de droit international à l'Université
libre de Bruxelles, avocat à la Cour, membre du Sénat belge,

Le très honorable sir Frank Soskice, Q. C., M. P., ancien *Attorney-
General* d'Angleterre,

M. Paul Guggenheim, professeur de droit international à la
faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut univer-
sitaire de hautes études internationales,

M. C. H. M. Waldock, C. M. G., O. B. E., Q. C., professeur de
droit international public à l'Université d'Oxford (chaire
Chichele),

M. J. G. Le Quesne, membre du barreau anglais,
comme conseils,

et de

M. Vasant Govind Joshi,

M. Vishwanath Govind Dighe,

M. Vithal Trimbak Gune,

M. Leofredo Agenor de Gouvea Pinto,

M. Ram Swarup Bhardwaj, du service des recherches goanaises
au ministère des Affaires extérieures,

M. João Francisco Caraciolo Cabral, du département juridique de
la *High Commission of India* à Londres,
comme conseillers-experts,

et de

M. J. M. Mukhi, conseiller juridique au ministère des Affaires
extérieures,
comme agent adjoint et secrétaire,

LA COUR,

ainsi composée,

rend l'arrêt suivant :

Par son arrêt du 26 novembre 1957 la Cour a rejeté quatre des
six exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement de
l'Inde à la compétence de la Cour pour connaître de la requête

tuting proceedings by the Government of Portugal, filed on 22 December 1955, and joined the Fifth and the Sixth Objections to the merits.

At the same time the Court ordered the resumption of the proceedings on the merits and fixed time-limits for the further pleadings. Requests for the extension of these time-limits were granted by Orders of 10 February 1958, 28 August 1958, 6 November 1958 and 17 January 1959, and the Counter-Memorial, Reply and Rejoinder were filed within the time-limits so fixed. The case became ready for hearing on the filing of the last pleading on 5 February 1959.

The Court included on the Bench Mr. Mahomed Ali Currim Chagla, Ambassador of India to the United States and Mexico and Minister of India to Cuba, and M. Manuel Fernandes, Director-General of the Ministry of Justice of Portugal and a member of the International Relations Section of the Upper House, who had respectively been chosen by the Government of India and the Government of Portugal, in accordance with Article 31, paragraph 3, of the Statute, to sit as Judges *ad hoc*.

Public hearings were held on 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29 and 30 September, on 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 26, 27, 28, 29, 30 and 31 October, and on 3, 4, 5 and 6 November 1959. At these hearings the Court heard oral arguments and replies by M. Galvão Telles, M. Bourquin, M. Braga da Cruz, M. Pierre Lalive d'Épinay and M. Moreira da Silva Cunha, on behalf of the Government of Portugal, and by Shri Setalvad, M^e Rolin, Sir Frank Soskice, M. Guggenheim and Professor Waldock, on behalf of the Government of India.

In the course of the written and oral proceedings the following Submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Portugal,

in the Application:

"May it please the Court,

(a) To recognize and declare that Portugal is the holder or beneficiary of a right of passage between its territory of Damão (littoral Damão) and its enclaved territories of Dadrá and Nagar-Aveli, and between each of the latter, and that this right comprises the faculty of transit for persons and goods, including armed forces or other upholders of law and order, without restrictions or difficulties and in the manner and to the extent required by the effective exercise of Portuguese sovereignty in the said territories.

(b) To recognize and declare that India has prevented and continues to prevent the exercise of the right in question, thus committing an offence to the detriment of Portuguese sovereignty over the enclaves of Dadrá and Nagar-Aveli and violating its international obligations deriving from the above-mentioned sources and from any others, particularly treaties, which may be applicable.

introductive d'instance déposée par le Gouvernement du Portugal le 22 décembre 1955 et a joint au fond les cinquième et sixième exceptions préliminaires.

Dans ce même arrêt, la Cour a ordonné la reprise de la procédure au fond et fixé les délais pour la suite de cette procédure. Par les ordonnances du 10 février 1958, du 28 août 1958, du 6 novembre 1958 et du 17 janvier 1959 il a été fait droit à des demandes de prorogation de ces délais et le contre-mémoire, la réplique et la duplique ont été déposés dans les délais ainsi fixés. Le 5 février 1959, date du dépôt de la dernière pièce, l'affaire s'est trouvée en état.

La Cour comptait sur le siège M. Mahomed Ali Currim Chagla, ambassadeur de l'Inde aux États-Unis et au Mexique et ministre de l'Inde à Cuba, et M. Manuel Fernandes, directeur général au ministère de la Justice du Portugal et membre de la section des relations internationales de la Chambre Haute, qui avaient été respectivement choisis par le Gouvernement de l'Inde et par le Gouvernement du Portugal pour siéger comme juges *ad hoc*, conformément à l'article 31, paragraphe 3, du Statut.

Des audiences publiques ont été tenues les 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29 et 30 septembre, les 1^{er}, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 26, 27, 28, 29, 30 et 31 octobre et les 3, 4, 5 et 6 novembre 1959. A ces audiences la Cour a entendu en leurs plaidoiries et réponses MM. Galvão Telles, Bourquin, Braga da Cruz, Pierre Lalive d'Épinay et Moreira da Silva Cunha au nom du Gouvernement du Portugal et M. Setalvad, M^c Rolin, sir Frank Soskice et MM. Guggenheim et Waldock au nom du Gouvernement de l'Inde.

Au cours de la procédure écrite et orale, les conclusions ci-après ont été prises par les Parties:

Au nom du Gouvernement du Portugal,

dans la requête:

« Plaise à la Cour

a) Dire et juger que le Portugal est titulaire ou bénéficiaire d'un droit de passage entre son territoire de Damão (Damão du littoral), ses territoires enclavés de Dadra et de Nagar-Aveli et entre ceux-ci, et que ce droit comprend la faculté de transit pour les personnes et pour les biens, y compris les forces armées ou les autres soutiens du droit et de l'ordre, sans restrictions ou difficultés et de la manière et dans la mesure requises par l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires.

b) Dire et juger que l'Inde a empêché et continue à empêcher l'exercice du droit dont il s'agit, attentant ainsi à la souveraineté portugaise sur les enclaves portugaises de Dadra et de Nagar-Aveli et violant ses obligations internationales dérivées des sources mentionnées ci-dessus et de toutes autres, en particulier les traités qui pourraient être applicables.

10 RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN TERRITORY (JUDGM. 12 IV 60)

(c) To adjudge that India should put an immediate end to this *de facto* situation by allowing Portugal to exercise the above-mentioned right of passage in the conditions herein set out."

In the Memorial:

"May it please the Court,

1. To adjudge and declare:

(a) that Portugal has a right of passage through the territory of India in order to ensure communications between its territory of Daman (coastal Daman) and its enclaved territories of Dadra and Nagar-Aveli;

(b) that this right comprises the transit of persons and goods, as well as the passage of representatives of the authorities and of armed forces necessary to ensure the full exercise of Portuguese sovereignty in the territories in question.

2. To adjudge and declare:

(a) that the Government of India must respect that right;

(b) that it must therefore abstain from any act capable of hampering or impeding its exercise;

(c) that neither may it allow such acts to be carried out on its territory;

3. To adjudge and declare that the Government of India has acted and continues to act contrary to the obligations recalled above;

4. To call upon the Government of India to put an end to this unlawful state of affairs."

As final Submissions filed on 6 October 1959:

"I.—*Submissions relating to the Claims of Portugal*

Whereas the claim of the Portuguese Government is designed to secure: 1. Recognition of the right possessed by Portugal to pass over Indian territory to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli; 2. A finding of India's failure to respect the obligation binding upon it as the result of that right.

A. *As to Portugal's right of transit*

Whereas the territories of Dadra and Nagar-Aveli, which are undeniably under the sovereignty of Portugal, are wholly enclaved within the territory of the Union of India;

Whereas the exercise of Portuguese sovereignty over these territories would therefore be impossible if Portugal were not assured of being able to communicate with them by passing over the few kilometres of Indian territory separating them one from another and from the coastal district of Daman;

Whereas the claim of India to possess in this connection a discretionary power is manifestly incompatible with that necessity;

Whereas indeed such a claim would entitle India to oppose the communications of Portugal with its enclaves on grounds of which

c) Décider que l'Inde doit immédiatement mettre fin à cette situation de fait en permettant au Portugal d'exercer le droit de passage ci-dessus mentionné dans les conditions énoncées plus haut. »

Dans le mémoire :

« Plaise à la Cour :

1. De dire et juger :

a) que le Portugal a un droit de passage sur le territoire de l'Inde en vue d'assurer les liaisons entre son territoire de Damão (Damão du littoral) et ses territoires enclavés de Dadra et de Nagar-Aveli ;

b) que ce droit comporte le transit des personnes et des biens, ainsi que le passage des représentants de l'autorité et des forces armées nécessaires pour assurer le plein exercice de la souveraineté portugaise dans les territoires en question.

2. De dire et juger :

a) que le Gouvernement de l'Inde doit respecter ce droit ;

b) qu'il doit s'abstenir, en conséquence, de tout acte susceptible d'en entraver ou d'en compromettre l'exercice ;

c) qu'il ne peut davantage laisser s'accomplir de tels actes sur son territoire ;

3. De dire et juger que le Gouvernement de l'Inde a agi et continue d'agir contrairement aux obligations rappelées ci-dessus ;

4. De l'inviter à mettre fin à cet état de choses illicite. »

Comme conclusions finales déposées le 6 octobre 1959 :

« I. — *Conclusions relatives aux demandes du Portugal*

Attendu que la demande du Gouvernement portugais a pour objet : 1° la reconnaissance du droit que le Portugal possède de transiter par le territoire indien dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli ; 2° la constatation des manquements de l'Inde à l'obligation résultant pour elle de ce droit.

A. *En ce qui concerne le droit de transit du Portugal*

Attendu que les territoires de Dadra et de Nagar-Aveli, qui relèvent incontestablement de la souveraineté du Portugal, se trouvent complètement enclavés dans le territoire de l'Union indienne ;

Attendu que l'exercice de la souveraineté portugaise sur ces territoires serait donc impossible si le Portugal n'était pas assuré de pouvoir communiquer avec eux en passant par les quelques kilomètres de territoire indien qui les séparent l'un de l'autre, ainsi que de l'arrondissement côtier de Damão ;

Attendu que la prétention de l'Inde de disposer à cet égard d'une compétence discrétionnaire est manifestement incompatible avec cette nécessité ;

Attendu, en effet, que cette prétention permettrait à l'Inde de s'opposer aux communications du Portugal avec ses enclaves, pour

II RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN TERRITORY (JUDGM. 12 IV 60)

India would be the sole judge and whenever India considered that its convenience or its interests led it to adopt such an attitude;

Whereas the international legal system is essentially based upon mutual respect of sovereignties;

Whereas the Union of India has unequivocally recognized the sovereignty of Portugal over the two enclaves just as indeed it had been recognized by the previous sovereigns of the Indian territory;

Whereas, by that recognition, the Union of India and its predecessors admitted that the existence of the two Portuguese enclaves within Indian territory was a part of the legal system and undertook to respect that situation;

Whereas, in order to justify the discretionary power which the Union of India claims to possess in respect of Portuguese transit, it would be necessary to accept that, while recognizing the sovereignty of Portugal over the enclaves, it tacitly reserved a right at its will to render impossible the exercise of that sovereignty;

Whereas such a reservation cannot logically be admitted and would be contrary to the elementary requirements of good faith;

Whereas the right claimed by Portugal is moreover confirmed by the agreements which it formerly concluded with the Marathas, by local custom and by general custom, as well as by the concordance of municipal legal systems with respect to access to enclaved land;

Whereas, indeed, the above-mentioned agreements cannot be construed otherwise than as granting to Portugal the right of passage necessary for the exercise of the powers which those agreements conferred upon it in the enclaves;

Whereas, furthermore, in the relations between Portugal and the successive sovereigns of the territories adjoining the enclaves there was established and consolidated in the course of nearly two centuries, an unbroken practice in respect of the maintenance of the indispensable communications between coastal Daman and the enclaves; and whereas that practice was based, on the part of all concerned, on the conviction that what was involved was a legal obligation (*opinio juris sive necessitatis*);

Whereas general custom likewise fully confirms the right claimed by Portugal; whereas the practice of States reveals no disagreement in this connection; whereas, while the conditions of the exercise of the right of passage naturally vary according to the circumstances, the right of the sovereign of the enclave to have with the enclave the communications necessary for the exercise of sovereignty is universally admitted, and whereas it would be impossible to contend that that unanimity and uniformity do not bear witness to a conviction of the existence of a legal duty (*opinio juris sive necessitatis*);

Whereas, lastly, the municipal laws of the civilized nations are unanimous in recognizing that the holder of enclaved land has a right, for purposes of access to it, to pass through adjoining land; whereas it is rare to find a principle more clearly emerging from the universal practice of States *in foro domestico* and more perfectly

des raisons dont elle serait seule juge et dès qu'elle estimerait que ses convenances ou ses intérêts la poussent à prendre pareille attitude;

Attendu que l'ordre juridique international est essentiellement fondé sur le respect réciproque des souverainetés;

Attendu que l'Union indienne a reconnu sans équivoque la souveraineté du Portugal sur les deux enclaves, de même d'ailleurs que l'avaient reconnue les souverains précédents du territoire indien;

Attendu que, par cette reconnaissance, l'Union indienne et ses prédécesseurs ont admis que l'existence des deux enclaves portugaises à l'intérieur du territoire indien faisait partie de l'ordre juridique et se sont engagés à respecter cette situation;

Attendu que, pour justifier le pouvoir discrétionnaire dont l'Union indienne prétend disposer à l'égard du transit portugais, il faudrait donc admettre que, tout en reconnaissant la souveraineté du Portugal sur les enclaves, elle se serait réservé tacitement la faculté de rendre impossible, à son gré, l'exercice de cette souveraineté;

Attendu qu'une telle réserve ne peut logiquement être admise et serait contraire aux exigences élémentaires de la bonne foi;

Attendu que le droit revendiqué par le Portugal est d'ailleurs confirmé par les accords qu'il a conclus jadis avec les Mahrattes, par la coutume locale et par la coutume générale, ainsi que par la conformité des droits internes en ce qui concerne l'accès aux terrains enclavés;

Attendu, en effet, que les accords mentionnés ne peuvent manquer d'être interprétés que comme concédant au Portugal le droit de passage nécessaire à l'exercice des pouvoirs que les mêmes accords lui ont octroyés sur les enclaves;

Attendu, en outre, que dans les relations entre le Portugal et les souverains successifs des territoires voisins des enclaves, il s'est établi et se consolida, au cours de près de deux siècles, une pratique ininterrompue tendant au maintien des liaisons indispensables entre Darnão littoral et les enclaves; et que cette pratique était, de part et d'autre, assise sur la conviction qu'il s'agissait d'une obligation juridique (*opinio juris sive necessitatis*);

Attendu que la coutume générale apporte, elle aussi, la pleine confirmation du droit revendiqué par le Portugal; que la pratique des États ne révèle aucune discordance à ce sujet; que, si les modalités du droit de passage varient naturellement suivant les circonstances, le droit, pour le souverain de l'enclave, d'avoir avec elle les communications nécessaires à l'exercice de sa souveraineté est admis sans exception, et qu'il serait impossible de prétendre que cette constance et cette uniformité n'attestent pas la conviction d'un devoir juridique (*opinio juris sive necessitatis*);

Attendu enfin que les droits internes des nations civilisées sont unanimes à reconnaître que le titulaire d'un fonds enclavé a le droit, pour y accéder, de passer par les fonds intermédiaires; qu'il est rare de trouver un principe se dégageant plus manifestement de la pratique universelle des États *in foro domestico* et répondant plus par-

meeting the requirements of Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute of the Court;

Whereas each of the titles invoked by Portugal would in itself be sufficient to justify the right which it is claiming and whereas these titles reinforce each other and their coexistence reveals the solidity of their common basis;

Whereas Portugal is in no sense claiming a right of access to Indian territory, but merely a right of transit, designed to assure the communications between the enclaves themselves and between the enclaves and the coastal district of Daman;

Whereas this right of transit is claimed only to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves;

Whereas in claiming this right Portugal in no way disputes that sovereignty over the territory, through which transit must be effected, belongs exclusively to India; whereas it is in no way claiming to be entitled to withdraw persons or goods in transit from the exercise of that sovereignty, and does not directly or indirectly seek for them any immunity;

Whereas the transit forming the subject-matter of its claim therefore remains subject to the regulation and control of India, which must exercise these by taking, in good faith and on its own responsibility, the necessary decisions;

Whereas Portugal merely asserts that the territorial competence of India is not in this respect a discretionary competence, since India is obliged, on its own responsibility, not to prevent the transit necessary for the exercise of Portuguese sovereignty in the enclaves;

Whereas the Indian Government contends that the subject-matter of the Portuguese claim is too vague for the Court to be able to pass upon it by the application only of the legal rules enumerated in Article 38, paragraph 1, of the Statute; whereas, however, that contention fails to stand up to examination;

Whereas, indeed, the rules of international law referred to in paragraph 1 of Article 38 are far from necessarily requiring greater precision than those upon which the Portuguese Government relies, which are recalled above;

For these reasons,

May it please the Court

To adjudge and declare

that the right of passage between the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and between these enclaves and the coastal district of Daman, as defined above, is a right possessed by Portugal and which must be respected by India.

B. As to the failure of India to respect its obligation

Whereas the attitude of the Indian Government with regard to Portuguese transit changed in the last months of the year 1953, after Portugal's refusal to accede to the request for the cession of its territories in India (Rejoinder, paragraph 417);

faitemment aux exigences de l'article 38, paragraphe 1, lettre c), du Statut de la Cour;

Attendu que chacun des titres invoqués par le Portugal suffirait pour justifier le droit qu'il revendique, mais qu'ils se renforcent les uns les autres et que leur coexistence fait ressortir la solidité de leur fondement commun;

Attendu que le Portugal ne revendique aucunement un droit d'accès au territoire indien, mais simplement un droit de transit, destiné à assurer les communications entre ses enclaves elles-mêmes et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damão;

Attendu que ce droit de transit n'est revendiqué que dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves;

Attendu qu'en revendiquant ce droit, le Portugal ne conteste aucunement que la souveraineté appartient exclusivement à l'Inde sur le territoire par lequel le transit doit s'effectuer; qu'il ne prétend aucunement soustraire les personnes et les biens en transit à l'exercice de cette souveraineté, et qu'il ne demande pour eux, ni directement, ni indirectement, aucune immunité;

Attendu que le transit faisant l'objet de sa demande reste donc soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde, qui doit les exercer, en prenant, de bonne foi et sous sa responsabilité, les décisions nécessaires;

Attendu que le Portugal affirme simplement que la compétence territoriale de l'Inde n'est pas, à cet égard, une compétence discrétionnaire, l'Inde étant obligée, sous sa responsabilité, de ne pas empêcher le transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves;

Attendu que le Gouvernement indien prétend que l'objet de la demande portugaise serait trop vague pour que la Cour pût se prononcer à son sujet par la seule application des règles de droit énumérées à l'article 38, paragraphe 1, du Statut; mais que cette prétention ne résiste pas à l'examen;

Attendu, en effet, que les règles de droit international visées au paragraphe 1 de l'article 38 sont loin de comporter nécessairement une plus grande précision que celles sur lesquelles s'appuie le Gouvernement portugais et qui sont rappelées ci-dessus;

Par ces motifs

Plaise à la Cour

Dire et juger

que le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damão, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde.

B. En ce qui concerne les manquements de l'Inde

Attendu que l'attitude du Gouvernement indien à l'égard du transit portugais s'est modifiée dans les derniers mois de l'année 1953, à la suite du refus opposé par le Portugal à la demande de cession de ses territoires de l'Inde (duplique, paragraphe 417);

Whereas this change was marked in the first instance by a series of restrictions which, while not immediately rendering impossible the exercise of Portuguese sovereignty in the enclaves, undeniably gravely impeded it and were such as to be liable to paralyse it completely if exceptional events occurred which obliged Portugal to take rapid measures to ensure the maintenance of order at Dadra and Nagar-Aveli (Memorial, Annex 40);

Whereas the threat of action directed against the Portuguese territories of India could not be a matter of which the Indian Government was unaware; whereas the imminence of that action had moreover been publicly announced on many occasions and in particular on 2 July 1954, in a manifesto, adopted at Bombay by persons directing anti-Portuguese groups, which was reproduced in the Indian Press (Indian Annex A. No. 7);

Whereas it was clearly incumbent upon the Indian Government to take the measures which lay in its power to prevent the realization of such a design (Judgment of the Court of 9 April 1949, in the *Corfu Channel Case*, Reports, p. 22);

Whereas the Indian Government took no such measures but, on the contrary, did not hesitate still further to weaken Portugal's capacity for resistance against the danger which threatened it, by increasing the restrictions placed upon transit (Note from the Consul-General of India at Goa, dated 17 July 1954, notifying the Portuguese Governor-General of a series of immediate measures, including in particular a prohibition of the transport of munitions and military equipment—Memorial, Annex 47);

Whereas a week elapsed between the occupation of Dadra (during the night 21/22 July) and the expedition against Nagar-Aveli which, having been begun on 29 July, was completed only in August;

Whereas after the occupation of Dadra, there could be no doubt that a similar action would be undertaken against Nagar-Aveli, the larger of the two Portuguese enclaves;

Whereas moreover, as early as 23 July, the President of the so-called 'United Front of Goans' and leader of the expedition against Dadra, publicly announced that this would take place and that the action would be begun as soon as the necessary preparations were completed (Observations on the Preliminary Objections, Annex 1, Appendix 2);

Whereas the Indian Government took no step to prevent that second expedition;

Whereas, so far from thus performing its duty towards Portugal, it firmly opposed all communications of Portugal with the enclaves;

Whereas, while the Parties are in disagreement on the question whether communications between Daman and the enclaves had been completely cut *before* the operation against Dadra, it is in any event certain that the isolation of the two enclaves had become complete immediately after the occupation of Dadra and before the expedition against Nagar-Aveli;

Attendu que cette modification fut caractérisée tout d'abord par une série de restrictions, qui, sans rendre immédiatement impossible l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves, y apportaient incontestablement de sérieuses entraves et pouvaient être de nature à le paralyser complètement si des événements exceptionnels survenaient qui obligeraient le Portugal à prendre des mesures rapides pour assurer le maintien de l'ordre à Dadra et à Nagar-Aveli (mémoire, annexe 40);

Attendu que la menace d'une action dirigée contre les territoires portugais de l'Inde ne pouvait être ignorée du Gouvernement indien; que l'imminence de cette action avait d'ailleurs été annoncée publiquement et à maintes reprises, et notamment le 2 juillet 1954, dans un manifeste adopté à Bombay par des personnalités dirigeantes des milieux anti-portugais et reproduit par la presse indienne (annexe indienne A, n° 7);

Attendu qu'il incombait évidemment au Gouvernement indien de prendre les mesures en son pouvoir pour prévenir la réalisation d'un tel dessein (arrêt de la Cour du 9 avril 1949 dans l'affaire du *Droit de Corfou*, *Recueil*, p. 22);

Attendu que le Gouvernement indien n'a pris aucune mesure de ce genre et qu'il n'a pas hésité, au contraire, à affaiblir encore la capacité de résistance du Portugal au danger qui le menaçait, en aggravant les restrictions apportées à son transit (note du consul général de l'Inde à Goa, en date du 17 juillet 1954, avisant le gouverneur général portugais d'une série de mesures immédiates, comprenant notamment l'interdiction de transport de munitions et de matériel militaire — mémoire, annexe 47);

Attendu qu'une semaine s'est écoulée entre l'occupation de Dadra (pendant la nuit du 21 au 22 juillet) et l'expédition contre Nagar-Aveli, qui, entamée le 29 juillet, ne se termina qu'en août;

Attendu qu'après l'occupation de Dadra, il ne pouvait faire aucun doute qu'une action analogue serait entreprise contre Nagar-Aveli, la plus grande des deux enclaves portugaises;

Attendu que, dès le 23 juillet, d'ailleurs, le président du so-disant « Front Uni des Goanais » et chef de l'expédition contre Dadra, annonça publiquement qu'il en serait ainsi et que l'action se déclencherait dès que les préparatifs nécessaires seraient terminés (observations sur les exceptions préliminaires, annexe 1, appendice 2);

Attendu que le Gouvernement indien ne prit aucune mesure pour empêcher cette seconde expédition;

Attendu que, loin de remplir ainsi son devoir à l'égard du Portugal, il s'opposa rigoureusement à toutes communications de ce dernier avec les enclaves;

Attendu que, si les Parties sont en désaccord sur le point de savoir si les communications de Damão avec les enclaves avaient été entièrement coupées avant l'opération contre Dadra, il est en tout cas avéré que l'isolement des deux enclaves était devenu complet au lendemain de l'occupation de Dadra et avant l'expédition contre Nagar-Aveli;

14 RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN TERRITORY (JUDGM. 12 IV 60)

Whereas, as from that time no further transit visa was granted, either to Portuguese or to persons in the service of the Portuguese Government, for the purpose of going to Dadra or to Nagar-Aveli (Counter-Memorial, paragraph 211);

Whereas on 24 July the Portuguese Government requested the necessary transit facilities for the despatch of reinforcements to Dadra (Memorial, Annex 50); whereas on 26 July, while confirming the earlier request, it asked that a few delegates of the Governor of Daman (if necessary limited to three) should be enabled to go to Nagar-Aveli, in order to enter into contact with the population, examine the situation, and take the necessary measures on the spot (Memorial, Annex 51);

Whereas, in a note of 28 July, the Government of India refused these two requests (Memorial, Annex 52);

Whereas, at that time, the occupation of Nagar-Aveli existed only as a threat and whereas it is consequently established that before any occupation of the enclave, Portugal found itself completely cut off from the enclave as a result exclusively of the will of India;

Whereas the attitude adopted by India is thus in two respects contrary to the duty imposed upon it by international law, since instead of protecting Portugal against the unlawful enterprise with which the latter was threatened, it placed Portugal in a situation in which it was impossible for that State to defend itself against that enterprise;

Whereas, since that date, the prohibitions imposed by India in respect of Portuguese transit have been maintained without exception, thus enabling those who profited by them to consolidate their position in the enclaves;

For these reasons,

May it please the Court

To adjudge and declare

that India has not complied with the obligations incumbent upon it by virtue of Portugal's right of passage.

11.—*Submissions relating to the various arguments propounded by the Indian Government as to the effect of the present circumstances on the exercise of the right of passage*

Whereas India contends, in the event of the right of passage claimed by Portugal being upheld by the Court, that that right cannot be exercised in the present circumstances;

Whereas, if this contention were well-founded, its only effect could in any case be to suspend temporarily, and to the extent necessary, the exercise of the right of passage, without affecting the existence of that right itself;

Whereas it is clearly for India to establish the basis for its contention;

Whereas India asserts that the present situation is characterized by a general insurrection of the population of the enclaves; whereas,

Attendu qu'à partir de ce moment, aucun visa de transit ne fut plus accordé, ni aux Portugais, ni aux personnes se trouvant au service du Gouvernement portugais, pour se rendre à Dadra ou à Nagar-Aveli (contre-mémoire, paragraphe 211);

Attendu que le 24 juillet le Gouvernement portugais demanda les facilités de transit nécessaires pour l'envoi de renforts à Dadra (mémoire, annexe 50); que le 26 juillet, tout en confirmant la requête précédente, il demanda que quelques délégués du gouverneur de Damão (au besoin limités au nombre de trois) puissent se rendre à Nagar-Aveli, afin d'entrer en contact avec la population, d'examiner la situation et de prendre sur place les mesures nécessaires (mémoire, annexe 51);

Attendu que, par une note du 28 juillet, le Gouvernement de l'Inde opposa un refus à cette double demande (mémoire, annexe 52);

Attendu qu'à ce moment, l'occupation de Nagar-Aveli n'existait encore qu'à l'état de menace et qu'il est par conséquent établi qu'avant toute occupation de l'enclave, le Portugal se trouva complètement isolé d'elle par la volonté exclusive de l'Inde;

Attendu que l'attitude prise par l'Inde est donc doublement contraire au devoir que le droit international lui prescrivait, puisqu'au lieu de protéger le Portugal contre l'entreprise illicite qui le menaçait, elle l'a mis dans l'impossibilité de se défendre contre elle;

Attendu que, depuis lors, les mesures prohibitives prises par l'Inde à l'égard du transit portugais ont été invariablement maintenues, permettant ainsi aux bénéficiaires de ces mesures de consolider leur position dans les enclaves;

Par ces motifs

Plaise à la Cour

Dire et juger

que l'Inde ne s'est pas conformée aux obligations que lui impose le droit de passage du Portugal.

II. --- *Conclusions relatives aux différentes thèses soutenues par le Gouvernement de l'Inde, quant à l'effet des circonstances présentes sur l'exercice du droit de passage*

Attendu que l'Inde soutient, en se plaçant dans l'hypothèse où le droit de passage revendiqué par le Portugal serait admis par la Cour, que ce droit ne pourrait pas être exercé dans les circonstances présentes;

Attendu que, si cette prétention était fondée, elle ne pourrait avoir, en tout cas, pour effet que de suspendre temporairement, et dans la mesure nécessaire, l'exercice du droit de passage, sans porter atteinte à l'existence même de ce droit;

Attendu qu'il appartient évidemment à l'Inde d'établir le fondement de sa prétention;

Attendu qu'elle affirme que la situation présente se caractériserait notamment par une insurrection générale de la population des

however, *this interpretation of the facts, which is formally challenged by Portugal, is far from finding confirmation in the evidence supplied by the Indian Government and whereas this interpretation, on the contrary, runs counter to a number of factors which render that interpretation improbable;*

Whereas, furthermore, even if the existence of an insurrectional movement were established, the legal consequences which India seeks to deduce therefrom would nonetheless be devoid of foundation;

Whereas Portugal has never renounced its sovereignty over the enclaves and whereas it was, from the very beginning, prevented from taking in the enclaves the measures necessary for the restoration of order;

Whereas if Portugal's action has thus been paralysed it is because India has opposed it by depriving the Portuguese authorities of all communication with the enclaves;

Whereas India is therefore not entitled in any case to impair, in any form, the right of sovereignty which belongs to Portugal alone;

Whereas it is in the light of this fundamental observation that it is necessary to examine the various arguments propounded by the Indian Government in support of its contention that the exercise of the right of passage ought to be suspended in the present circumstances;

A. *As to India's right to adopt an attitude of neutrality in the conflict between the lawful Government and the alleged insurgents*

Whereas there has been no recognition of belligerency in the present case;

Whereas, in the absence of such recognition, no obligation of neutrality is incumbent upon third States, and whereas, if the latter are entitled in such cases, in order to safeguard their interests, to take certain measures analogous to those provided for by the regime of neutrality, what is then involved is in any event only a *right* and not a *legal duty*;

Whereas India could not avail itself of that right for the purpose of evading the obligations binding upon it as a result of Portugal's right of passage; and whereas any conflict between that right and those obligations could only be resolved in favour of the obligations;

Whereas, moreover, the very concept of neutrality can clearly only apply in a case of conflict between the lawful Government and the insurgents if the State relying thereon is not involved in that conflict;

Whereas this is certainly not so in the present case, since the cause of the so-called insurgents is merged with that of India, their efforts being directed, through different means, to the achievement of one and the same end, namely, the incorporation of the enclaves in the territory of the Indian Union;

Whereas, while the sympathy felt by a State for one or the other of two adversaries does not prevent that State from adopting an

enclaves; mais que cette interprétation des faits, formellement contestée par le Portugal, est loin d'être corroborée par les éléments de preuve apportés par le Gouvernement indien, et qu'elle se heurte, au contraire, à diverses constatations qui la rendent invraisemblable;

Attendu au surplus que, si l'existence d'un mouvement insurrectionnel était établie, les conséquences juridiques que l'Inde croit pouvoir en tirer ne seraient pas moins dénuées de fondement;

Attendu que le Portugal n'a jamais renoncé à sa souveraineté sur les enclaves et qu'il s'est trouvé empêché, dès le début, d'y prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre;

Attendu que si l'action du Portugal a été ainsi paralysée, c'est parce que l'Inde s'y est opposée, en privant les autorités portugaises de toute communication avec les enclaves;

Attendu que l'Inde ne peut donc en tout cas porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, au droit de souveraineté dont le Portugal reste le seul titulaire;

Attendu que c'est sous le bénéfice de cette observation fondamentale que doivent être examinées les différentes thèses sur lesquelles s'appuie le Gouvernement indien pour prétendre que l'exercice du droit de passage devrait être suspendu dans les circonstances actuelles;

A. En ce qui concerne le droit de l'Inde d'adopter une attitude de neutralité dans le conflit entre le Gouvernement légal et les prétendus insurgés

Attendu qu'aucune reconnaissance de belligérance n'a eu lieu en l'espèce;

Attendu qu'à défaut d'une telle reconnaissance, aucune obligation de neutralité n'existe à charge des États tiers et que, si ces derniers ont le droit de prendre, en pareil cas, pour la sauvegarde de leurs intérêts, certaines mesures analogues à celles que prescrit le régime de la neutralité, ce n'est là pour eux, en tout cas, qu'une *faculté* et non un *devoir juridique*;

Attendu que l'Inde ne pourrait pas faire usage de cette faculté pour se dérober aux obligations découlant pour elle du droit de passage du Portugal; qu'un conflit entre ladite faculté et lesdites obligations ne pourrait se résoudre qu'au profit de ces dernières;

Attendu au demeurant que la notion même de neutralité ne peut évidemment s'appliquer, en cas de conflit entre le Gouvernement légal et les insurgés, que si l'État qui s'en prévaut est étranger à ce conflit;

Attendu qu'il n'en est certainement pas ainsi en l'espèce, étant donné que la cause des soi-disant insurgés se confond avec celle de l'Inde, leurs efforts concourant, par des voies différentes, à la réalisation d'un seul et même objectif, à savoir l'incorporation des enclaves au territoire de l'Union indienne;

Attendu que si les sympathies éprouvées par un État pour l'un ou l'autre des deux adversaires ne l'empêchent pas d'adopter une

attitude of neutrality in the conflict between them, the position is not the same when the design pursued by one of them forms an integral part of the policy openly practised by the said State; whereas it is indeed impossible to be neutral in one's own cause;

Whereas India cannot therefore justify a suspension of the exercise of the right of passage by the argument based on its alleged neutrality;

B. As to the application of the provisions of the United Nations Charter relating to human rights and to the right of self-determination of peoples

Whereas in cases of insurrection the rights and obligations of foreign States in relation to the lawful Government are governed by a body of rules which form a part of general international law and whereas India is under a further obligation in relation to Portugal, which is binding upon it as a result of Portugal's right of passage;

Whereas India contends that the legal regime thus determined is modified by Articles 1, 55, 56 and 62 of the United Nations Charter, in the sense that these Articles lay upon it an obligation to 'abstain from action which is diametrically opposed to the whole purpose and spirit of those Articles' (Rejoinder, paragraph 640);

Whereas the terms in which this assertion is couched disclose the uncertainty felt by India itself with regard to the exact scope of its argument;

Whereas India recognizes moreover that the principles of the Charter to which it has referred can be regarded as ethical principles and not as legal principles and whereas India seeks, on the other hand, to disregard, in so far as these principles are concerned, the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court (Rejoinder, paragraph 641);

Whereas these considerations would, if necessary, suffice to dispose of its contention, since the Parties to the present dispute have only accepted the compulsory jurisdiction of the Court subject to the conditions laid down in the Statute of the Court;

Whereas, however, the provisions of Articles 1, 55, 56 and 62 of the United Nations Charter are not at all involved in the dispute now before the Court;

Whereas while Portugal has a legitimate desire to restore the order which has been disturbed by the violent action of hostile elements which penetrated into the enclaves in 1954, it does not propose in any way to disregard the duties laid upon it by the United Nations Charter;

Whereas on the other hand, the Indian Government, whilst relying on these Articles in refusing to allow Portugal to exercise its right of passage, does not hesitate to declare that, in the event of the populations concerned opting in favour of the maintenance of Portuguese sovereignty, India would not be disposed to tolerate this (declaration made on 6 September 1955 by the Prime Minister of India before the Rajya Sabha— Observations on the Preliminary Objections, Annex I, Appendix 4, p. 16), which constitutes the very negation of the right of self-determination of peoples ;

attitude de neutralité dans le conflit qui les oppose, il n'en est pas de même quand le dessein poursuivi par l'un d'entre eux fait partie intégrante de la politique ouvertement pratiquée par ledit État; qu'il est impossible, en effet, d'être neutre dans sa propre cause;

Attendu, par conséquent, que l'Inde ne peut pas justifier une suspension de l'exercice du droit de passage par l'argument tiré de sa prétendue neutralité;

B. *En ce qui concerne l'application des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux droits de l'homme et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*

Attendu qu'en cas d'insurrection, les droits et les obligations des États étrangers vis-à-vis du Gouvernement légal sont régis par un ensemble de normes faisant partie du droit international général et que l'Inde se trouve soumise en outre, vis-à-vis du Portugal, à l'obligation découlant pour elle du droit de passage de ce dernier;

Attendu qu'elle prétend que le régime juridique ainsi déterminé serait modifié par les articles 1, 55, 56 et 62 de la Charte des Nations Unies, en ce sens que ces articles l'obligeraient à « s'abstenir de toute action qui serait diamétralement opposée à leur but et à leur esprit, considérés dans leur ensemble » (duplique, paragraphe 640);

Attendu que les termes dans lesquels cette affirmation est énoncée dénotent l'incertitude que l'Inde éprouve elle-même quant à l'exacte portée de sa thèse;

Attendu qu'elle reconnaît d'ailleurs que les principes de la Charte auxquels elle se réfère pourraient être considérés comme des principes de morale et non comme des principes juridiques, et qu'elle s'efforce d'autre part d'écarter, en ce qui les concerne, les dispositions de l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour (duplique, paragraphe 641);

Attendu qu'il suffirait, à la rigueur, de ces constatations pour faire justice de sa prétention, les Parties au présent litige n'ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour que dans les conditions fixées par son Statut;

Mais attendu que les dispositions des articles 1, 55, 56 et 62 de la Charte des Nations Unies ne sont aucunement en jeu dans la contestation dont la Cour est saisie;

Attendu que, si le Portugal a le souci légitime de rétablir l'ordre troublé par l'action violente des éléments hostiles qui ont pénétré dans les enclaves en 1954, il n'entend aucunement méconnaître les devoirs que lui impose la Charte des Nations Unies;

Attendu, en revanche, que le Gouvernement de l'Inde, tout en invoquant ces articles pour refuser au Portugal l'exercice de son droit de passage, n'hésite pas à déclarer que, dans le cas où les populations intéressées opteraient pour le maintien de la souveraineté portugaise, il ne serait pas disposé à le tolérer (déclaration faite le 6 septembre 1955 par le premier ministre de l'Inde devant le Rajya Sabha — observations sur les exceptions préliminaires, annexe 1, appendice 4, p. 16), ce qui est la négation même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes;

C. *As to the argument that the existence in the enclaves of a provisional de facto local government, which is not represented before the Court, debars the Court from adjudicating, in the present circumstances, on the Portuguese claim*

Whereas this argument can find no basis either in the Statute of the Court or in the declarations by which the Parties have accepted its compulsory jurisdiction; whereas these declarations contain a general undertaking, accompanied by certain reservations which are exclusively confined to those expressed, none of which relates to the contingency now contemplated by India;

Whereas, nevertheless, to justify its contention, India invokes the principle applied by the Court in its Judgment of 15 June 1954 in the case concerning *Monetary Gold removed from Rome*;

Whereas this is the principle which makes the jurisdiction of the Court dependent upon the consent of the States concerned; whereas this is indeed a fundamental principle which is manifestly embodied in the Statute; whereas, however, this principle is entirely irrelevant to the present case;

Whereas the Court is not called upon to adjudicate upon an international dispute to which the alleged *de facto* government of the enclaves is a party and in respect of which the Court cannot therefore exercise jurisdiction without that *de facto* government's consent;

Whereas it is not sufficient, to prevent the Court from exercising jurisdiction, that the dispute before it should interest a third party and that that third party should not be represented before the Court, even if that third party be a State;

Whereas, not only can the alleged *de facto* government of the enclaves not be regarded on any ground as the organ of a State but it does not even possess international legal personality;

Whereas it constitutes no more than a provisional *de facto* administration; and whereas such an administration possesses no legal personality on the international plane so long as that administration has not been recognized;

Whereas, furthermore, the legal personality acquired by it in the event of recognition exists only to the extent that such recognition has granted it;

Whereas the Government of India purports to have recognized the present administration of the enclaves as a provisional *de facto* administration, but whereas this declaration, made for the first time in the Counter-Memorial, is incompatible with the declaration which appears at paragraph 16 of the Preliminary Objections to the effect that the Government of India had not up to that time had any relations with that administration; whereas the alleged recognition was therefore subsequent to the filing of the Preliminary Objections (April 1957); whereas it was even subsequent to the oral argument which took place before the Court on those Preliminary Objections from 23 September to 11 October 1957;

C. *En ce qui concerne la thèse suivant laquelle l'existence, dans les enclaves, d'un gouvernement local de facto provisoire, qui n'est pas représenté devant la Cour, ferait obstacle à ce qu'il soit statué, dans les circonstances présentes, sur la demande du Portugal*

Attendu que cette thèse ne trouve aucun fondement ni dans le Statut de la Cour, ni dans les déclarations par lesquelles les Parties ont accepté la juridiction obligatoire de celle-ci; que ces déclarations comportent un engagement général, assorti de certaines réserves limitativement énoncées et dont aucune ne se rapporte à l'éventualité dont l'Inde fait actuellement état;

Attendu que, pour justifier néanmoins sa prétention, l'Inde invoque le principe dont la Cour a fait application dans son arrêt du 15 juin 1954 relatif à l'affaire de l'*or monétaire albanais*;

Attendu que ce principe est celui qui subordonne la juridiction de la Cour au consentement des États en cause; qu'il s'agit, en effet, d'un principe fondamental, manifestement incorporé dans le Statut; mais que ce principe est totalement étranger au cas actuel;

Attendu que la Cour n'est pas appelée à statuer sur un différend international auquel le prétendu gouvernement *de facto* des enclaves serait partie et pour lequel la Cour ne pourrait donc pas exercer sa juridiction sans le consentement dudit gouvernement *de facto*;

Attendu qu'il ne suffit pas, pour que la Cour soit empêchée d'exercer sa juridiction, que le différend dont elle est saisie intéresse un tiers et que ce tiers ne soit pas représenté devant elle, même si ce tiers est un État;

Attendu que non seulement le prétendu gouvernement *de facto* des enclaves ne peut être considéré à aucun titre comme organe d'un État, mais qu'il ne possède même pas de personnalité juridique internationale;

Attendu qu'il constitue une simple administration de fait provisoire; qu'une telle administration est dépourvue de personnalité juridique sur le plan international aussi longtemps qu'elle n'a pas été reconnue;

Attendu au surplus que la personnalité juridique qu'elle acquiert en cas de reconnaissance n'existe que dans les limites où cette reconnaissance la lui a octroyée;

Attendu que le Gouvernement de l'Inde prétend avoir reconnu l'administration actuelle des enclaves comme administration *de facto* provisoire, mais que cette déclaration, énoncée pour la première fois dans son contre-mémoire, est incompatible avec celle qui figure au paragraphe 16 de ses exceptions préliminaires, d'après laquelle le Gouvernement de l'Inde n'avait pas de relations jusque-là avec ladite administration; que la prétendue reconnaissance serait donc postérieure à la présentation des exceptions préliminaires (avril 1957); qu'elle serait même postérieure aux débats oraux qui ont eu lieu à leur sujet devant la Cour du 23 septembre au 11 octobre 1957;

Whereas this alleged recognition would be an implicit recognition; whereas it would only have been given external manifestation—apart from the assertions made in the Counter-Memorial and in the Rejoinder—by contacts with local officials with regard to such day-to-day matters of administration as police, posts, transport, etc.—which contacts are expressed to have been limited to the indispensable minimum (Counter-Memorial, paragraph 353);

Whereas it is difficult to confer upon such contacts the status of recognition;

Whereas that recognition, on the assumption that it was given, could only have an extremely limited legal scope; whereas its effects would be limited to India's relations with the local administration in the matters for which these contacts were made; whereas such recognition can certainly not be invoked as against Portugal and cannot in any way affect either Portugal's right of passage or the jurisdiction of the Court in the dispute which has been regularly brought before it;

Whereas, furthermore, this alleged recognition would only follow from a change in India's intentions after the argument of the Preliminary Objections, and whereas a party to a dispute is certainly not entitled to modify during the course of the proceedings and to the detriment of the other party, by a mere manifestation of will, the conditions in which the dispute presents itself;

Whereas therefore viewed from any angle, the argument that the Court is prevented in the present case from discharging the judicial function conferred upon it, on the pretext that the Court is not open to the provisional *de facto* administration of the enclaves, must be rejected as devoid of foundation;

D. *As to the argument that the exercise of the right of passage by Portugal would involve, under the present circumstances, grave dangers to India's public order and that India is therefore entitled to oppose it*

Whereas this argument is independent of the assertion that the events which occurred in the enclaves amounted to an insurrection of the local population; whereas this argument is based solely on India's right to preserve its internal order and on the existence of a danger which is said seriously to threaten that order;

Whereas, as appears from paragraph 388 of the Reply, if by reason of exceptional circumstances at any given moment the passage of Portuguese armed forces over the few kilometres of road which lead from Daman to the enclaves should really appear likely seriously to disturb the public order of India, by provoking acts of violence on its territory, Portugal would agree that passage should be temporarily suspended, to the extent necessary for the preservation of India's public order;

Whereas the issue is therefore whether the aforementioned conditions which must be satisfied for a suspension of the passage of armed forces have in fact been fulfilled;

Attendu que cette prétendue reconnaissance aurait un caractère implicite; qu'elle ne se serait manifestée extérieurement — en dehors des affirmations énoncées dans le contre-mémoire et dans la duplique — que par des contacts avec les fonctionnaires locaux, à propos de questions journalières d'administration, telles que la police, les postes, les transports, etc. — contacts qui seraient d'ailleurs réduits au minimum indispensable (contre-mémoire, paragraphe 353);

Attendu qu'il est difficile d'attribuer à de tels contacts la valeur d'une reconnaissance;

Attendu que cette reconnaissance, à supposer qu'elle ait eu lieu, ne pourrait avoir qu'une portée juridique extrêmement restreinte; que ses effets seraient limités aux rapports de l'Inde avec l'administration locale dans les matières pour lesquelles les contacts ont été établis; qu'elle ne serait certainement pas opposable au Portugal et ne pourrait affecter en rien ni le droit de passage de ce dernier, ni la juridiction de la Cour dans le litige dont elle a été régulièrement saisie;

Attendu au surplus que cette prétendue reconnaissance ne résulterait que d'un changement survenu dans les intentions de l'Inde après le débat sur les exceptions préliminaires, et qu'une partie en litige n'a certainement pas le droit de modifier en cours d'instance, au détriment de la partie adverse et par une simple manifestation de volonté, les conditions dans lesquelles le différend se présente;

Attendu, par conséquent, que, quel que soit l'aspect sous lequel on la considère, on ne peut que rejeter, comme dépourvue de tout fondement, la thèse d'après laquelle la Cour ne pourrait pas remplir, dans les circonstances présentes, la mission juridictionnelle qui lui est confiée, sous prétexte que l'administration de fait provisoire des enclaves n'a pas accès devant elle;

D. En ce qui concerne la thèse d'après laquelle l'exercice du droit de passage du Portugal comporterait, dans les circonstances actuelles, de graves dangers pour l'ordre public de l'Inde et qu'en conséquence, celle-ci serait en droit de s'y opposer

Attendu que cette thèse est indépendante de l'affirmation suivant laquelle les événements qui se sont produits dans les enclaves comporteraient une insurrection de la population locale; qu'elle est uniquement basée sur le droit de l'Inde de préserver son ordre intérieur et sur l'existence d'un danger qui menacerait gravement celui-ci;

Attendu que, comme il découle du paragraphe 388 de la réplique, si, en raison de circonstances exceptionnelles à un moment donné, le passage de forces armées portugaises par les quelques kilomètres de route qui conduisent de Damão aux enclaves apparaissait comme effectivement de nature à compromettre gravement l'ordre public de l'Inde, en provoquant des actes de violence sur son territoire, le Portugal admettrait que le passage puisse être momentanément suspendu, dans la mesure nécessaire au maintien dudit ordre public;

Attendu que la question se ramène donc au point de savoir si les conditions susmentionnées requises pour une suspension du passage de forces armées se trouvent en fait réalisées;

Whereas India confines itself to the expression in this connection of certain apprehensions the basis for which has not been established;

Whereas India invokes the risk that the so-called insurgents might push back on to its territory any elements of the Portuguese public forces sent to the enclaves to restore order there;

Whereas, however, India can easily protect itself against this contingency; whereas it undeniably has at its disposal the means to do so; whereas its internal order could only be exposed to the danger it refers to if it refrained from utilizing these means;

Whereas it is the more difficult to agree, in these circumstances, that its argument has any validity, inasmuch as the prolongation of the prohibition of passage would have for Portugal consequences of obvious gravity which Portugal could not possibly avoid;

Whereas, if the Court should nevertheless be of opinion that, in the present circumstances, the passage of Portuguese armed forces should be suspended, as stated above, by reason of the danger it would represent for the internal order of India, it is obvious that this temporary suspension ought to end as soon as the danger justifying that suspension disappears;

Whereas, for its part, India would naturally have the duty not to take any measure which might consolidate the position of the adversaries of the lawful Government in the enclaves; whereas it is indeed inconceivable that India should take advantage of the suspension in order to further the aggravation or prolongation of the circumstances relied upon in support of that claim;

For these reasons,

May it please the Court

- (a) to hold that the arguments of India set out above under A, B and C are without foundation;
- (b) as to the argument of India set out above under D:

1. If the Court is of opinion that the above-mentioned conditions which must be satisfied to justify the suspension of the passage of Portuguese armed forces are not fulfilled,

To adjudge and declare

That India must end the measures by which it opposes the exercise of the right of passage of Portugal;

2. If the Court is of opinion that the above-mentioned conditions which must be satisfied to justify the suspension of the passage of Portuguese armed forces are fulfilled,

To adjudge and declare

That the said passage shall be temporarily suspended; but that this suspension shall end as soon as the course of events discloses that the justification for the suspension has disappeared;

That during such suspension, India must abstain from any measure which might strengthen the position of the adversaries of the lawful Government in the enclaves and thus provoke the aggravation or

Attendu que l'Inde se borne à faire valoir à cet égard certaines appréhensions dont le fondement n'est pas démontré;

Attendu qu'elle invoque le risque de voir les prétendus insurgés refouler sur son propre territoire les éléments de la force publique portugaise envoyés dans les enclaves pour y rétablir l'ordre;

Mais attendu que l'Inde peut aisément se protéger contre cette éventualité; qu'elle dispose incontestablement des moyens de le faire; que son ordre intérieur ne serait donc exposé au péril qu'elle dénonce que si elle s'abstenait de faire usage de ces moyens;

Attendu qu'il est d'autant plus difficile d'admettre, dans ces conditions, la valeur de son argumentation que la prolongation de l'interdiction de passage aurait pour le Portugal des conséquences d'une évidente gravité et auxquelles il lui serait impossible d'échapper;

Attendu que, si toutefois la Cour était d'avis que, dans les circonstances actuelles, le passage de forces armées portugaises devrait être suspendu, comme il est dit ci-dessus, en raison du danger qu'il ferait courir à l'ordre intérieur de l'Inde, il va de soi que cette suspension temporaire devrait prendre fin dès qu'aura disparu le danger qui la justifie;

Attendu que, de son côté, l'Inde aurait naturellement le devoir de ne prendre aucune mesure pouvant consolider la position des adversaires du Gouvernement légal dans les enclaves; qu'on ne concevrait pas, en effet, qu'elle profitât de la suspension pour favoriser l'aggravation ou la prolongation des circonstances invoquées à l'appui de cette demande;

Par ces motifs

Plaise à la Cour

- a) déclarer sans fondement les thèses de l'Inde reprises ci-dessus, sous les lettres A, B et C;
- b) en ce qui concerne la thèse de l'Inde reprise ci-dessus, sous la lettre D:

1. si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage de forces armées portugaises ne se trouvent pas réalisées,

dire et juger

que l'Inde doit mettre fin aux mesures par lesquelles elle s'oppose à l'exercice du droit de passage du Portugal;

2. si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage de forces armées portugaises se trouvent réalisées,

dire et juger

que ledit passage sera momentanément suspendu, mais que cette suspension devra prendre fin dès que l'évolution de la situation en aura fait disparaître la justification;

que pendant cette suspension, l'Inde devra s'abstenir de toute mesure pouvant fortifier la position des adversaires du Gouvernement légal dans les enclaves et provoquer ainsi l'aggravation ou la prolongation;

prolongation of the circumstances relied upon in support of that suspension;

That there is no legitimate reason entitling India to ask that the other forms of the exercise of the right of passage should likewise be suspended.

III.—*Submissions relating to the Preliminary Objections of India*

A. *As to the fifth objection*

Whereas the fifth of the Preliminary Objections raised by India was designed to secure a finding by the Court that the dispute is not within the Court's jurisdiction on the ground that it relates to a question which, according to international law, falls exclusively within the jurisdiction of India, and that the Declaration of 28 February 1940, by which India accepted the compulsory jurisdiction of the Court, excludes such disputes from the Court's jurisdiction;

Whereas, by its Judgment of 26 November 1957, the Court decided to join this objection to the merits;

Whereas it is clear from the arguments that Portugal's claim is based on international law; whereas all the titles relied upon in respect of that claim fall within the domain of international law; and whereas the validity of these titles has been fully established;

Whereas the question involved in this dispute is therefore certainly not a question which, according to international law, falls within the exclusive jurisdiction of India;

For these reasons,

May it please the Court

To dismiss the Objection.

B. *As to the sixth objection*

Whereas the sixth of the Preliminary Objections raised by India was designed to secure a finding by the Court that the dispute does not fall within the jurisdiction of the Court, by virtue of the reservation *ratione temporis* in the Declaration of 28 February 1940, under which India accepted the jurisdiction of the Court in respect of disputes 'arising after 5 February 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date';

Whereas, by its Judgment of 26 November 1957, the Court decided to join this objection to the merits;

Whereas in the Preliminary Objections of the Indian Government this objection was solely based on the second part of the aforementioned reservation, that Government recognizing that the dispute was subsequent to 5 February 1930, whilst contending that it related to situations or facts prior to that date;

Whereas it was only in the course of the oral argument on the Preliminary Objections, in the Oral Reply of the Attorney-General of India (Oral Proceedings, pp. 213-221) that an objection based on the first part of the aforementioned reservation was raised, i.e. an objection based on the ground that the dispute allegedly arose before 5 February 1930;

gation des circonstances invoquées à l'appui de ladite suspension;

qu'il n'existe, pour l'Inde, aucune raison légitime de demander que les autres modalités de l'exercice du droit de passage soient également suspendues.

III. — *Conclusions relatives aux exceptions préliminaires de l'Inde*

A. *En ce qui concerne la cinquième exception*

Attendu que la cinquième des exceptions préliminaires soulevées par l'Inde tendait à faire juger que le différend échappe à la compétence de la Cour parce qu'il porterait sur une question qui, selon le droit international, relèverait exclusivement de la compétence de l'Inde et que la déclaration du 28 février 1940, par laquelle celle-ci a accepté la juridiction obligatoire de la Cour, en exclut de tels différends;

Attendu que, par son arrêt du 26 novembre 1957, la Cour a décidé de joindre cette exception au fond;

Attendu qu'il ressort des débats que la demande du Portugal est basée sur le droit international; que tous les titres invoqués à l'appui de cette demande relèvent du droit international; et que la valeur de ces titres a été amplement démontrée;

Attendu que la question sur laquelle porte le litige n'est donc certainement pas une question qui, selon le droit international, relèverait de la compétence exclusive de l'Inde;

Par ces motifs

Plaise à la Cour

Rejeter l'exception.

B. *En ce qui concerne la sixième exception*

Attendu que la sixième des exceptions préliminaires soulevées par l'Inde visait à faire juger que le différend n'est pas de la compétence de la Cour en vertu de la réserve *ratione temporis* de la déclaration du 28 février 1940, aux termes de laquelle l'Inde a accepté la juridiction de la Cour pour les différends « s'élevant après le 5 février 1930, relativement à des situations ou faits postérieurs à cette date »;

Attendu que, par son arrêt du 26 novembre 1957, la Cour a décidé de joindre cette exception au fond;

Attendu que dans les exceptions préliminaires du Gouvernement indien, cette exception était uniquement fondée sur la seconde partie de la réserve susdite, ce Gouvernement reconnaissant que le différend était postérieur au 5 février 1930 mais prétendant qu'il concernait des situations ou des faits antérieurs à cette date;

Attendu que c'est seulement au cours des plaidoiries concernant les exceptions préliminaires, dans la réplique de M. l'*Attorney-General* de l'Inde (procédure orale, pp. 213-221) que fut soulevée une exception fondée sur la première partie de la réserve déjà mentionnée, c'est-à-dire sur la prétendue antériorité du différend par rapport au 5 février 1930;

Whereas, quite apart from this consideration, neither the objection based on the first part of the reservation nor the objection based on the second part of the reservation, can be accepted;

Whereas the dispute referred to the Court is in fact subsequent to 5 February 1930, since the dispute dates from 1954, the year in which the divergence of views, which constitutes the dispute, arose between the Portuguese Government and the Indian Government;

Whereas furthermore the situations or facts in respect of which the dispute arose are likewise subsequent to 5 February 1930, since they also date from 1954;

Whereas these situations or facts are really nothing but those giving rise to the dispute and, whereas one must regard as such the situations or facts imputed by the applicant State to the respondent State as unlawful, i.e. as constituting violations of the respondent State's international obligations;

Whereas the situations or facts which Portugal imputes to the Indian Union as unlawful also date from 1954, as has already been pointed out;

For these reasons,

May it please the Court

To dismiss the Objection."

On behalf of the Government of India,

in the Counter-Memorial:

"May it please the Court to declare that it has no jurisdiction to decide on the claim presented by the Portuguese Government, and, in the alternative, to declare the claim ill-founded."

As final Submissions filed on 21 October 1959:

"Having regard to the Submissions presented at the hearing of 6 October 1959 by the Agent for Portugal,

Whereas, by its Judgment of 26 November 1957, the Court joined to the merits the consideration of the Fifth and Sixth Preliminary Objections;

I. - As to the Fifth Objection

Whereas, if its examination of the merits should lead the Court to a finding that Portugal has not established the existence of the titles which she has invoked, and that these titles must accordingly be regarded as non-existent, it must follow that the question of the grant or refusal of the passage claimed over Indian territory falls exclusively within the domestic jurisdiction of India and that the dispute is outside the jurisdiction of the Court;

II. - As to the Sixth Objection

Whereas the Indian declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction expressly provides that only disputes arising after 5 February 1930 and with regard to situations or facts subsequent to the same date may be submitted to the jurisdiction of the Court;

Attendu qu'indépendamment de cette considération, on ne peut accepter ni l'exception fondée sur la première partie de la réserve ni celle qui se fonde sur la deuxième partie de la réserve;

Attendu qu'en effet le différend soumis à l'appréciation de la Cour est postérieur au 5 février 1930, puisqu'il date de 1954, année où a surgi entre le Gouvernement portugais et le Gouvernement indien l'opposition de vues qui constitue ce différend;

Attendu que, d'autre part, sont également postérieurs au 5 février 1930 — puisqu'ils datent également de 1954 — les situations ou faits au sujet desquels le différend s'est élevé;

Attendu qu'en réalité, ces situations ou faits ne sont que les générateurs du différend et que, comme tels, on doit considérer les situations ou faits imputés par l'État demandeur à l'État défendeur comme illicites, c'est-à-dire comme des violations de ses obligations internationales;

Attendu que les situations ou faits que le Portugal impute à l'Union indienne comme illicites, datent, ainsi qu'il a été dit, de 1954 ;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

Rejeter l'exception. »

Au nom du Gouvernement de l'Inde,

dans le contre-mémoire :

« Plaise à la Cour déclarer qu'elle n'est pas compétente pour statuer sur la réclamation présentée par le Gouvernement portugais et, subsidiairement, déclarer cette réclamation mal fondée. »

Comme conclusions finales déposées le 21 octobre 1959 :

« Vu les conclusions déposées par M. l'agent du Portugal à l'audience du 6 octobre 1959 ;

Attendu que par son arrêt du 26 novembre 1957 la Cour a joint au fond l'examen des cinquième et sixième exceptions préliminaires ;

I. — Quant à la cinquième exception

Attendu que, si l'examen du fond conduit la Cour à la constatation que le Portugal n'a pas établi l'existence des titres qu'il invoque et que ceux-ci doivent dès lors être réputés inexistantes, il en résultera que la question de l'octroi ou du refus du passage réclamé sur le territoire indien relève exclusivement de la compétence nationale de l'Inde et que le différend échappe à la juridiction de la Cour ;

II. — Quant à la sixième exception

Attendu que la déclaration indienne d'acceptation de reconnaissance de juridiction obligatoire prévoit expressément que seuls les différends nés après le 5 février 1930 et qui se rapportent en outre à des situations ou faits postérieurs à cette date peuvent être soumis à la juridiction de la Cour ;

Whereas, according to the Submissions filed by the Agent for Portugal on 6 October 1959, and the explanations given in the course of the Oral Proceedings by Counsel for Portugal the object of the Portuguese claim is (1) recognition of the right which Portugal claims to possess to pass over Indian territory to the extent necessary for the exercise of her sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli (2) a finding of India's failure to respect the obligation binding upon her as the result of that alleged right (3) an injunction to India that she should re-establish the right of passage or, in the alternative, in the event of its being found that the exercise of that right was rightfully suspended in respect of Portuguese armed forces, to limit the suspension in its scope and in its duration while refraining from consolidating the situation justifying that suspension;

Whereas the above-mentioned second and third objects of the claim are manifestly ancillary to the first, their consideration being subject to the existence of the right of passage defined under (1);

Whereas claims relating to the passage were raised by Portugal before 5 February 1930 and whereas the situation to which the titles now invoked by Portugal refer was repeatedly the subject of difficulties prior to 5 February 1930;

Whereas the dispute referred to the Court by Portugal accordingly fails to satisfy either of the two time conditions to which the Indian Union made its acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court subject;

III.—*On the merits*

A. *As to the right claimed and its basis*

Whereas the right claimed by Portugal has been presented as a right of passage relating to private persons and to goods as well as to official organs and armed troops, limited to the needs of the exercise of Portuguese sovereignty and subject to the restrictions and regulations prescribed by the Indian Union, the sovereign in the intermediate territory, without any claim by Portugal to any immunity;

Whereas the right as thus defined and the correlative obligation contain such contradiction and lack of precision that their judicial recognition would appear to be impossible;

whereas in particular the concept of the essential needs for the maintenance of Portuguese sovereignty does not provide the Parties with an objective criterion enabling them to arrive at a common appreciation or making it possible for some arbitral or judicial body to decide as between them in the event of a divergence of opinion;

whereas moreover it is difficult to see how such a concept of the requirements of sovereignty could lead to any right of passage for private persons and goods in whose favour the enjoyment of the right is however still claimed although the exercise of Portuguese sovereignty in the enclaves is manifestly paralysed;

whereas similarly the statement by Portugal that the right of passage claimed includes no immunity is incompatible with the

Attendu que, suivant les conclusions déposées par M. l'agent du Portugal le 6 octobre 1959 et les explications données en plaidoiries par les conseils du Portugal, la demande portugaise a pour objet 1° la reconnaissance du droit que le Portugal prétend avoir de transiter par le territoire indien dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli, 2° la constatation des manquements de l'Inde à l'obligation résultant pour elle de ce prétendu droit, 3° une injonction à l'Inde d'avoir à rétablir le droit de passage ou, subsidiairement, dans le cas où il serait reconnu que son exercice aurait été légitimement suspendu pour les forces armées portugaises, de limiter la suspension dans ses effets et dans le temps tout en s'abstenant de consolider la situation qui l'aurait justifiée;

Attendu que les deuxième et troisième objets précités de la demande sont manifestement accessoires du premier, leur prise en considération étant subordonnée à l'existence du droit de passage défini *sub 1°*;

Attendu que des réclamations relatives au passage ont été élevées par le Portugal avant le 5 février 1930 et que la situation à laquelle se rapportent les titres invoqués aujourd'hui à l'appui de sa demande donna fréquemment lieu à des difficultés antérieurement au 5 février 1930;

Attendu que le différend soumis à la Cour par le Portugal ne satisfait dès lors à aucune des deux conditions de temps auxquelles l'Union indienne a subordonné son acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour;

III. — *Au fond*

A. *Quant au droit revendiqué et à son fondement*

Attendu que le droit revendiqué par le Portugal est présenté comme un droit de passage portant sur les personnes privées et les biens autant que sur les organes officiels et troupes armées, limité aux besoins de l'exercice de la souveraineté portugaise et subordonné aux restrictions et réglementations édictées par l'Union indienne souveraine dans le territoire intermédiaire sans que le Portugal prétende à aucune immunité;

Attendu que le droit ainsi défini et l'obligation corrélatrice sont affectés de contradictions et d'imprécisions telles que la reconnaissance judiciaire en paraît impossible;

que notamment la notion des besoins essentiels au maintien de la souveraineté portugaise ne fournit pas aux Parties un critère objectif pouvant les conduire à une appréciation commune ou permettre à quelque organe arbitral ou judiciaire de les départager en cas de divergence de vues;

qu'on ne voit pas du reste comment cette notion des besoins de souveraineté pourrait conduire à un droit de passage quelconque pour les personnes privées et les biens pour lesquels cependant le bénéfice en est encore actuellement réclamé alors que l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves est manifestement paralysé;

que, de même, la déclaration du Portugal suivant laquelle le droit de passage réclamé ne comporte aucune immunité est incompatible

character of a State organ which necessarily attaches to armed military forces under command passing through foreign territory;

whereas it is unimaginable that a right of passage can be recognized generally, even within the limits required by the needs of the applicant State, without any regard to the objections of the State through which passage is to be effected; whereas in the third part of her Submissions Portugal indeed recognizes that the interests of the State through which passage is to be effected entitle it sometimes to refuse to permit the exercise of the right claimed; whereas there is not however any trace of any such limitation in the definition proposed which must accordingly be rejected as unacceptable also on that ground;

Whereas it is self-evident that a right which is so contradictory and the content of which is so indeterminate and indeterminable can find no basis in any of the general or particular titles alleged by Portugal, that is to say, either in general custom, or in the principles of international law which can be derived therefrom, or in the general principles of law recognized by civilized States, or in particular agreements, or in local custom which, if it exists, must be assimilated to the particular agreements;

Whereas reliance has wrongly been placed upon the respect due to the sovereignty of Portugal in the enclaves;

whereas the sovereignty invoked is essentially territorial and does not in itself involve any right whatsoever upon Indian territory;

Whereas Portugal is equally unfounded in her reliance upon recognition of Portuguese sovereignty in the enclaves, either contained in a treaty of 1779 negotiated by Portugal with the Maratha Empire, or flowing from the attitude of the British or Indian Governments between 1818 and 1954;

Whereas the negotiations of 1779 never resulted in an agreement and whereas the draft treaty in contemplation in any event involved no transfer of sovereignty;

Whereas if it is true that sovereignty over the enclaves was subsequently usurped by Portugal, this could not give rise to any right of passage;

Whereas even if this were not the case it has been clearly established in the written proceedings that recognition of the fact of Portuguese sovereignty was never at any time accompanied by recognition of any obligations whatsoever with regard to the alleged right of passage;

whereas from 1818 to 1954 the Governments of Great Britain or of India granted or refused passage as they saw fit;

whereas the particular agreements concluded on this subject with Portugal in 1819, 1844, 1861, 1879, 1893, 1913, 1920 and 1940 were concluded for a short period, or were revocable, their content being always limited and very far removed from the definition of the right now proposed by Portugal;

avec le caractère d'organe de la puissance publique, qui s'attache nécessairement à des forces militaires armées et encadrées traversant un territoire étranger;

qu'enfin il ne se conçoit pas qu'un droit de passage puisse être reconnu de façon générale, fût-ce dans les limites requises par les besoins de l'État requérant, sans aucun égard aux objections de l'État de passage; que, dans la troisième partie de ses conclusions, le Portugal admet du reste que les intérêts de l'État de passage l'autorisent parfois à refuser l'exercice du droit revendiqué; qu'il n'y a pourtant pas trace de pareille limitation dans la définition proposée, laquelle doit dès lors de ce chef aussi être rejetée comme inacceptable;

Attendu qu'il va de soi qu'un droit aussi contradictoire et de contenu aussi indéterminé et indéterminable ne peut trouver de fondement dans aucun des titres généraux ou particuliers allégués par le Portugal, c'est-à-dire ni dans la coutume générale, ni dans les principes de droit international qui peuvent être dégagés de celle-ci, ni dans les principes généraux de droit reconnus par les États civilisés, ni dans les accords particuliers, ni dans la coutume locale qui, si elle existe, doit être assimilée aux accords particuliers;

Attendu qu'à tort il est fait état du respect dû à la souveraineté du Portugal sur les enclaves;

que la souveraineté invoquée est essentiellement territoriale et ne comporte pas par elle-même de droit quelconque sur le territoire

Attendu que c'est à tort également que le Portugal se réclame de la reconnaissance de la souveraineté portugaise dans les enclaves, soit contenue dans un traité de 1779 négocié par lui avec l'Empire mahratte, soit résultant de l'attitude des Gouvernements britannique ou indien de 1818 à 1954;

Attendu que les négociations de 1779 n'ont jamais abouti à un accord et que le projet de traité envisagé ne comporte du reste aucun transfert de souveraineté;

que, s'il est vrai qu'ultérieurement la souveraineté dans les enclaves a été usurpée par le Portugal, il n'a pu en résulter aucun droit de passage;

Attendu qu'en fût-il autrement, il a été clairement établi dans la procédure écrite qu'à aucun moment la reconnaissance du fait de la souveraineté portugaise ne s'est accompagnée de la reconnaissance d'obligations quelconques relativement au prétendu droit de passage;

que, de 1818 à 1954, les Gouvernements de la Grande-Bretagne ou de l'Inde ont accordé ou refusé le passage suivant leurs convenances;

que les accords particuliers conclus à ce sujet avec le Portugal en 1819, 1844, 1861, 1879, 1893, 1913, 1920 et 1940 le furent pour une courte durée ou de manière révocable, leur contenu étant toujours limité et très éloigné de la définition du droit aujourd'hui proposée par le Portugal;

whereas it accordingly appears that apart from the brief periods during which these agreements were in force Great Britain and India retained in respect of passage a discretionary competence without any sort of limitation;

whereas the course thus adopted by Great Britain and by India in no way diverged from the usual practice followed by the Governments of other States having foreign enclaves within their territory;

Whereas, far from revealing the existence of a general customary rule in conformity with the claims of Portugal relating to a right of passage, an examination of the practice followed, and in particular of the agreements which have been concluded on this subject, establishes the categorical refusal of States to be bound by formal undertakings either with regard to the transit of goods where the enclave is included within the customs regime of the State through which passage is to be effected, or with regard to the transit of armed forces at least where those forces exceed a given number, or where the passage is designed to prevent or to put down political, social or economic disturbances.

B. As to the violation of the alleged right in July-August 1954

Whereas the non-existence of the right claimed is sufficient in law to dispose of the complaint of its violation;

Whereas the Indian Union however desires indignantly to reject the accusation of having used its discretionary competence, in respect of the passage of Portuguese troops, to assist the overthrowing of Portuguese power in pursuance of annexationist designs;

Whereas the Indian Government and people have doubtless never concealed their desire that the Goans should be allowed to join the Union of Independent India to which they are attached ethnically and culturally, whereas however the Indian Government has always said with equal force that that reunion must be achieved without violence; whereas it is difficult to see why any different attitude should have been adopted with regard to the enclaves which are of negligible political and economic importance to India;

Whereas the restrictions imposed by India at the end of 1953 and the beginning of 1954 on the passage to the enclaves of Portuguese agents are fully explicable on the ground of the determination of the Government of New Delhi to answer the restrictive measures adopted by the Goan administration in respect of Indian nationals, by its concern not to assist the extension to the enclaves of the reign of terror brought into being in Goa by the Portuguese authorities to prevent and put down by violence any manifestation of Indian national sentiment, and by its decision to forbid passage over Indian territory to Portuguese officials who had demonstrated their contempt for the Asians;

Whereas Portugal likewise wrongly maintains that the Government of India must have foreseen the coup which occurred at Dadra on 22 July 1954;

qu'il apparait dès lors que, sauf les brèves périodes où ces accords furent en vigueur, la Grande-Bretagne et l'Inde conservèrent en matière de passage une compétence discrétionnaire sans limitation d'aucune sorte;

Attendu que cette manière de faire de la Grande-Bretagne et de l'Inde ne s'écarte pas de la pratique habituelle suivie par les gouvernements d'autres États ayant sur leur territoire des enclaves étrangères;

que, loin de démontrer l'existence d'une règle de coutume générale conforme aux prétentions du Portugal relativement au droit de passage, l'examen de la pratique suivie, notamment des accords qui intervinrent à ce sujet, établit le refus formel des États de se lier par des engagements formels soit quant au transit des biens lorsque l'enclave est englobée dans le régime douanier de l'État de passage, soit quant au transit des forces armées tout au moins lorsque celles-ci dépassent un contingent déterminé, ou lorsque le passage doit permettre de prévenir ou de réprimer des troubles politiques, sociaux ou économiques;

B. Quant à la violation du prétendu droit en juillet-août 1954

Attendu que l'inexistence du droit revendiqué suffit en droit à faire tomber le grief de sa violation;

Attendu toutefois que l'Union indienne entend repousser avec indignation l'accusation de s'être servie de sa compétence discrétionnaire à l'égard du passage des troupes portugaises pour faciliter le renversement du pouvoir portugais et servir ses desseins annexionnistes;

Attendu que sans doute le Gouvernement et le peuple indiens n'ont jamais caché leur vœu de voir les Goanais autorisés à rejoindre l'Union indienne indépendante à laquelle ils sont ethniquement et culturellement attachés, mais que le Gouvernement de l'Inde a toujours déclaré avec la même force que ladite réunion devait se faire sans violence; qu'on ne voit pas pourquoi une attitude différente aurait été adoptée à l'égard des enclaves d'une importance politique et économique négligeable pour l'Inde;

Attendu que les restrictions apportées par l'Inde fin 1953 et début 1954 au passage vers les enclaves des agents portugais s'expliquent amplement par la volonté du Gouvernement de New Delhi de répondre aux mesures restrictives prises par l'administration de Goa à l'égard des ressortissants indiens, par son souci de ne pas favoriser l'extension aux enclaves du régime de terreur instauré à Goa par l'autorité portugaise pour prévenir et réprimer par la violence des manifestations du sentiment national indien, ainsi que par sa décision d'interdire le passage sur territoire indien aux fonctionnaires portugais qui s'étaient signalés par leur mépris pour les Asiatiques;

Attendu qu'à tort également le Portugal soutient que le Gouvernement de l'Inde a dû prévoir le coup de force survenu à Dadra le 22 juillet 1954;

RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN TERRITORY (JUDGM. 12 IV 60)

whereas the manifesto of the Goan National Movement of 2 July which has been relied upon does not in fact contain the slightest indication to that effect and whereas the Portuguese authorities refrained from communicating to India any information gathered on this point by their intelligence services with regard to what was being prepared;

Whereas the liberation of Dadra was a matter of a few minutes only, whereas quite naturally it immediately gave rise to a great stirring of the people in the neighbouring enclave of Nagar-Aveli, but whereas in that enclave the insurgents encountered scarcely any resistance, the Portuguese authorities having decided on 1 August to evacuate the capital, Silvassa, and to withdraw into Indian territory 'to avoid an encounter';

Whereas once the liberation movement had been begun at Dadra, the Indian Union was entitled, both in accordance with the principle of international law of non-intervention and out of regard for the right of self-determination of peoples recognized by the Charter, to refuse the Portuguese authorities authorization for the passage of reinforcements assuming that any had been available;

Whereas finally it is not reasonably possible to describe the events which occurred in the enclaves as 'invasion' or foreign 'occupation', when the few individuals, who in fact came from outside to Dadra and Nagar-Aveli to support the liberation movement, were for the most part Goans, that is, the compatriots and the kith of the inhabitants, whereas the majority of these left the enclaves a few days after having entered them, whereas the independent administration which was then constituted and which has since functioned, is in large part composed of people born in the enclaves or who have for a long time resided there, and whereas the sympathies of the inhabitants for the nationalist movement had as early as 1931 and on diverse occasions since then been noted by the Portuguese administrators;

Whereas it follows from the considerations set out above that no complaint can be made against the Indian Union on the ground of the use it made of its discretionary competence in refusing passage over its territory to the agents of the Portuguese State in July 1954.

C. As to the claim for an injunction

Whereas this claim implies that since July/August 1954 the Indian Union has violated its international obligations relating to transit by refusing Portugal permission for the passage over Indian territory of the armed forces necessary to re-establish her authority in the enclaves;

Whereas the reasons indicated above in refutation of the accusation of violation in respect of the period July/August 1954 are sufficient to dispose of the complaint formulated with regard to the subsequent period;

Whereas moreover even if obligations with regard to passage had in the past been binding upon India, they should be regarded as having lapsed as a result of the change which has occurred in the

que le manifeste du 2 juillet du Mouvement National Goanais dont il est fait état ne contient en effet pas la moindre indication en ce sens et que les autorités portugaises s'abstinrent de communiquer à l'Inde les renseignements recueillis à cet égard par leurs services de renseignements au sujet de ce qui se préparait ;

Attendu que la libération de Dadra fut l'affaire de quelques minutes seulement, qu'elle déclencha aussitôt tout naturellement une grande effervescence dans l'enclave voisine de Nagar-Aveli, mais que dans celle-ci les insurgés ne rencontrèrent guère de résistance, les autorités portugaises ayant décidé dès le 1^{er} août d'évacuer le chef-lieu Silvassa et de se retirer en territoire indien « pour éviter une rencontre » ;

Attendu qu'une fois le mouvement de libération commencé à Dadra, l'Union indienne était en droit de refuser aux autorités portugaises, tant par application du principe de droit international de non-intervention que par égard pour le droit d'autodisposition des peuples reconnu par la Charte, l'autorisation de passage de renforts à supposer qu'il y en eût eu de disponibles ;

Attendu enfin qu'on ne peut raisonnablement qualifier les événements survenus dans les enclaves d'« invasion » ou d'« occupation » étrangère, alors que les quelques individus qui effectivement se rendirent du dehors à Dadra et Nagar-Aveli pour appuyer le mouvement de libération étaient pour la plupart Goanais, c'est-à-dire compatriotes et congénères des habitants, que la majorité d'entre eux quittèrent les enclaves peu de jours après y être entrés, que l'administration indépendante constituée alors et telle qu'elle fonctionne depuis est en grande partie composée de gens nés dans les enclaves ou y domiciliés de longue date, et que les sympathies des habitants pour le mouvement nationaliste avaient été dès 1931, à diverses reprises depuis, constatées par les administrateurs portugais ;

Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent qu'aucun reproche ne peut être adressé à l'Union indienne du chef de l'usage qu'elle fit de sa compétence discrétionnaire en refusant en juillet 1954 aux agents de l'État portugais passage sur son territoire ;

C. Quant à la demande d'injonction

Attendu que cette demande implique que depuis juillet-août 1954 l'Union indienne aurait violé ses obligations internationales relatives au transit en refusant au Portugal l'autorisation de faire passer par le territoire indien les forces armées nécessaires au rétablissement de son autorité dans les enclaves ;

Attendu que les motifs indiqués ci-dessus pour réfuter l'accusation de violation pour les périodes de juillet-août 1954 suffisent à écarter le grief formulé pour la période postérieure ;

Attendu au surplus que, si même des obligations de passage avaient existé à charge de l'Inde dans le passé, elles devraient être considérées comme caduques en présence du changement survenu

essential circumstances, in particular by reason of the formation at Silvassa of an independent local administration;

Whereas the existence and the stabilization of that administration can only have served to reinforce the propriety of the attitude of non-intervention adopted by India in the conflict between that administration and Portugal;

Whereas this fact is equally one which must hold the attention of the Court whose decision would run counter to the interests of justice if, without a hearing, it were to condemn to extinction the independent entity which has been constituted;

Whereas finally there can be no doubt that a restoration of the Portuguese power in the enclaves brought about by force of arms would encounter desperate resistance on the part of a population rejoicing in the political, economic, social and cultural progress which it has enjoyed for five years;

whereas the fighting to which such resistance would give rise could not fail to extend to the surrounding Indian territory, the population of which would feel solidarity with the resistance and whereas this would result in an undoubted threat to the internal order and external peace of the Indian Union;

Whereas this situation should in itself suffice according to the Submissions of Portugal themselves to bring about the rejection of the claim for an injunction;

D. As to the alternative claim for an injunction

Whereas in the absence of the re-establishment of the alleged right of passage relating to armed forces, Portugal claims:

- (a) that the suspension of the alleged right be declared to be limited to the continuation of the situation justifying it;
- (b) that India be prohibited from taking any action which might strengthen the position of the adversaries of the Portuguese regime in the enclaves.
- (c) that the suspension of the alleged right of passage be limited to the armed forces,

Whereas none of these claims would appear to be justified;

- (a) whereas in the event of the right of passage being recognized by the Court which should at the same time declare its exercise to be suspended, it is difficult to see any point in accepting the temporary character of that situation since it would appear to be impossible to foresee and to define the various events capable of putting an end to it;
- (b) whereas it would likewise appear to be inadmissible to seek by means of a judicial decision to prevent in perpetuity any evolution of the situation in a sense unfavourable to the restoration of the Portuguese regime or to regulate the relationships which the Indian Union inevitably has with the population and the administration of enclaves integrated in its economic system;
- (c) whereas finally the concern manifested by Portugal with regard to the passage of private persons and of goods—more than ever unconnected with the exercise of a sovereignty recognized to be

dans les circonstances essentielles notamment à raison de la formation à Silvassa d'une administration locale indépendante;

Attendu que l'existence et la stabilisation de cette administration n'ont pu que renforcer la légitimité de l'attitude de non-intervention adoptée par l'Inde dans le conflit qui oppose cette administration au Portugal;

Attendu que ce fait ne s'impose pas moins à l'attention de la Cour dont la décision heurterait la justice si elle condamnait, sans l'avoir entendue, à l'écrasement l'entité indépendante qui s'est constituée;

Attendu enfin qu'il n'est pas douteux qu'une restauration du pouvoir portugais dans les enclaves par les armes se heurterait à une résistance désespérée de la part d'une population heureuse du progrès politique, économique, social et culturel réalisé depuis cinq ans;

que les combats auxquels pareille résistance donnerait lieu, ne pourraient manquer de s'étendre au territoire indien environnant dont la population se sentirait solidaire des résistants et qu'il en résulterait une menace certaine pour l'ordre intérieur et la paix extérieure de l'Union indienne;

Attendu que cette situation devrait à elle seule suffire aux termes mêmes des conclusions du Portugal pour faire écarter la demande d'injonction;

D. Quant à la demande d'injonction subsidiaire

Attendu qu'à défaut de rétablissement du prétendu droit de passage relativement aux forces armées, le Portugal demande:

- a) que la suspension de ce prétendu droit soit déclarée limitée à la survivance de la situation qui l'aurait justifiée;
- b) que l'Inde se voie interdire toute action pouvant fortifier la position des adversaires du régime portugais dans les enclaves;
- c) que la suspension du prétendu droit de passage soit limitée aux forces armées;

Attendu qu'aucune de ces demandes n'apparaît justifiée;

- a) que, dans le cas où le droit de passage serait reconnu par la Cour qui en même temps déclarerait son exercice suspendu, on ne voit pas l'intérêt qu'il y aurait à accepter le caractère temporaire de cette situation alors qu'il apparaît impossible de prévoir et de préciser les divers événements susceptibles d'y mettre fin;
- b) qu'il paraît inadmissible de même de vouloir à perpétuité écarter par une décision judiciaire toute évolution de la situation dans un sens défavorable à la restauration du régime portugais ou réglementer les relations qu'inévitablement l'Union indienne entretient avec la population et l'administration d'enclaves intégrées dans son système économique;
- c) qu'enfin le souci manifesté par le Portugal relativement au passage des personnes privées et des biens — plus que jamais étranger à l'exercice d'une souveraineté qu'on reconnaît para-

paralysed—would appear to be all the less justified inasmuch as the regulation of the passage of goods has not undergone any change and that the passage of private persons encounters no impediment save those brought about by the Portuguese authorities at Damán.

For these reasons and all others advanced in the pleadings and oral arguments submitted by the Indian Union

May it please the Court

To hold that it is without jurisdiction

In the alternative

to hold that the claim is unfounded."

The present dispute was referred to the Court by an Application filed on 22 December 1955.

In that Application the Government of the Portuguese Republic states that the territory of Portugal in the Indian Peninsula is made up of the three districts of Goa, Damán and Diu. It adds that the district of Damán comprises, in addition to its littoral territory, two parcels of territory completely surrounded by the territory of India which constitute enclaves: Dadra and Nagar-Aveli. It is in respect of the communications between these enclaves and Damán and between each other that the question arises of a right of passage in favour of Portugal through Indian territory, and of a correlative obligation binding upon India. The Application states that in July 1954, contrary to the practice hitherto followed, the Government of India, in pursuance of what the Application calls "the open campaign which it has been carrying on since 1950 for the annexation of Portuguese territories", prevented Portugal from exercising this right of passage. This denial by India having been maintained, it has followed, according to the Application, that the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli have been completely cut off from the rest of the Portuguese territory, the Portuguese authorities thus being placed in a position in which it became impossible for them to exercise Portuguese rights of sovereignty there.

It is in that situation, and in order to secure a remedy therefor, that Portugal has referred the matter to the Court.

The questions submitted to the Court have been argued at length by the Parties in the course of the proceedings. Their final formulation is to be found in the Submissions by which each of the Parties has stated what it asks the Court to adjudge and declare.

Since Portugal is the Applicant, it is in its Submissions that the formulation of the claims on which the Court must adjudicate is to be sought. Furthermore, subject to what will be said with regard

lysée --- apparaît d'autant moins justifié que la réglementation du passage des biens n'a subi aucune modification et que celui des personnes privées ne connaît d'autres entraves que celles qui y sont apportées par l'autorité portugaise à Damao;

Par ces motifs et tous autres exposés dans les écrits et plaidoiries présentés par l'Union indienne

Plaise à la Cour

Se déclarer incompétente

Subsidiairement

déclarer la demande non fondée. »

* * *

La Cour a été saisie du présent différend par une requête déposée le 22 décembre 1955.

Dans cette requête, le Gouvernement de la République du Portugal expose que le territoire du Portugal dans la péninsule de l'Inde comprend trois districts: ceux de Goa, de Damao et de Diu. Il ajoute que le district de Damao comprend, en plus du territoire littoral, deux parcelles complètement entourées par le territoire indien et qui constituent des enclaves: Dadra et Nagar-Aveli. C'est à propos des communications de ces enclaves soit avec Damao, soit entre elles que se pose la question d'un droit de passage au profit du Portugal en territoire de l'Inde et d'une obligation correspondante à la charge de l'Inde. La requête énonce qu'en juillet 1954, contrairement à la pratique suivie jusqu'alors, le Gouvernement de l'Inde, poursuivant ce que la requête appelle « la campagne qu'il menait ouvertement depuis 1950 pour l'annexion de territoires portugais », a empêché le Portugal d'exercer ce droit de passage. Le refus opposé par l'Inde ayant été maintenu, il en est résulté, selon ce qu'expose la requête, que les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli se trouvent dans un isolement complet du reste du territoire portugais, les autorités portugaises étant ainsi mises dans l'impossibilité d'y exercer les droits de souveraineté du Portugal.

C'est dans cette situation et pour en obtenir le redressement que le Portugal a saisi la Cour.

* * *

Les questions soumises à la Cour ont été longuement débattues entre les Parties au cours de la procédure. Elles ont pris leur expression définitive dans les conclusions par lesquelles chaque Partie a, pour sa part, énoncé ce qu'elle demande à la Cour de dire et juger.

Le Portugal étant demandeur, c'est dans ses conclusions qu'il faut rechercher l'expression des demandes sur lesquelles la Cour doit statuer. Aussi bien et sous réserve de ce qui sera dit sur la compé-

to the jurisdiction of the Court, India has confined itself in its Submissions on the merits to adopting the negative position of requesting the Court "to hold that the claim is unfounded".

The Submissions presented by Portugal in the Application request the Court in the first place "To recognize and declare that Portugal is the holder or beneficiary of a right of passage", the characteristics of which are set forth. In the course of the proceedings stress was laid by both Parties on the importance of this claim and the answer to be given to it.

This claim was repeated in the Submissions filed on 6 October 1959 on behalf of the Government of Portugal. The Court was there asked:

"To adjudge and declare

That the right of passage between the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and between these enclaves and the coastal district of Daman, as defined above, is a right possessed by Portugal and which must be respected by India."

Thus formulated, the claim reveals both the right claimed by Portugal and the correlative obligation binding upon India.

But, as thus formulated, the claim requires clarification of its subject-matter, since it contains a reference to the grounds relied upon in its support. It is clear from this reference that the right of passage is invoked by Portugal "only to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves". It is not contended that passage is accompanied by any immunity in favour of those who effect it. It is made clear that such passage remains subject to the regulation and control of India, which must be exercised in good faith, India being under an obligation not to prevent the transit necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves.

The Court must adjudicate upon the claim as thus presented, stating whether the right invoked by Portugal is or is not a right possessed by that State. But with reference to what date must the Court ascertain whether the right invoked by Portugal exists or does not exist?

If the date selected is the eve of the events of 1954 which brought about a new situation which has since prevented the exercise by Portugal of its authority in the enclaves without, however, having substituted therefor that of India, the factors relevant for the guidance of the Court in its decision will be those existing on the eve of those events. If, on the other hand, the issue is viewed as it stands at the date of the present Judgment, it will be necessary to take into account—whatever may be their weight—the argu-

tence de la Cour, l'Inde s'est bornée dans ses conclusions sur le fond à prendre une position négative consistant à prier la Cour de « déclarer la demande non fondée ».

Les conclusions présentées par le Portugal dans sa requête demandent tout d'abord à la Cour de « dire et juger que le Portugal est titulaire ou bénéficiaire d'un droit de passage » dont les caractères sont énoncés. Au cours de la procédure, il a été insisté de part et d'autre sur l'importance de cette demande et de la réponse qui lui sera donnée.

Cette demande se retrouve dans les conclusions déposées le 6 octobre 1959 au nom du Gouvernement du Portugal. La Cour y est invitée à :

« Dire et juger

que le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damão, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde. »

Ainsi formulée, cette demande fait apparaître tout à la fois le droit revendiqué par le Portugal et l'obligation correspondante à la charge de l'Inde.

Mais, ainsi formulée, cette demande a besoin d'être précisée dans son objet, puisqu'elle contient une référence aux motifs invoqués à son appui. Il résulte de cette référence que le droit de passage n'est invoqué par le Portugal « que dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves ». Il n'est pas prétendu que le passage soit assorti d'immunités pour ceux qui le pratiquent. Il est précisé que ce passage reste soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde, réglementation et contrôle qui doivent être exercés de bonne foi, l'Inde étant tenue de l'obligation de ne pas empêcher le transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves.

Sur la demande ainsi présentée, la Cour doit statuer en disant si le droit invoqué par le Portugal existe ou non à son profit. Mais à quelle date doit se placer la Cour pour apprécier si le droit invoqué par le Portugal existe ou non ?

Si l'on se place à la veille des événements de 1954 qui ont créé une situation nouvelle, laquelle fait depuis lors échec à l'exercice par le Portugal de son autorité dans les enclaves sans d'ailleurs y avoir substitué celle de l'Inde, les données pertinentes pour guider la Cour dans sa décision seront celles existant à la veille de ces événements. Si, au contraire, l'on se place au jour du présent arrêt, il faudra faire état — sauf à en apprécier la valeur — des arguments de l'Inde tendant à établir que le droit de passage, à supposer qu'il ait

ments of India designed to establish that the right of passage, assuming it to have existed previously, came to an end as a result of the events of 1954 and has lapsed in the present circumstances.

Portugal has not indicated which date is the relevant one in this connection and, having regard to its silence on the point, the inclination might be to regard as the relevant date that of the Application or that of the Judgment. But this would fail to take into account the circumstances in which the question of the existence of a right of passage was put to the Court.

That question was put to the Court in respect of the dispute which has arisen between India and Portugal with regard to obstacles placed by India in the way of passage. Portugal—and this was the immediate purpose of the Application—sought a finding as to the character, in its opinion unlawful, of these obstacles. It was in support of this contention that it invoked its right of passage and asked the Court to declare the existence of that right. This being so, it is the eve of the creation of these obstacles that must be selected as the standpoint from which to ascertain whether or not Portugal possessed such a right.

This will leave open the arguments of India regarding the subsequent lapse of the right of passage and of the correlative obligation. It is in connection with what may have to be decided, not as to the past, but as to the present and the future, that these arguments may, if such questions arise, be taken into consideration.

Accordingly the first question with regard to which the Submissions of Portugal call upon the Court to decide is whether, on the eve of the events which occurred at Dadra and at Nagar-Aveli in 1954, Portugal had a right of passage over the territory of India to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, which right was subject to the regulation and control of India.

Portugal asks the Court to hold that it had this right. India asks it to hold that the claim is unfounded.

To this first claim Portugal adds two others, though these are conditional upon a reply, wholly or partly favourable, to the first claim, and will lose their purpose if the right alleged is not recognized. The formulation of these two claims, also, is to be sought in the Submissions filed on behalf of Portugal on 6 October 1959.

Portugal asks the Court in the first place:

“To adjudge and declare

That India has not complied with the obligations incumbent upon it by virtue of Portugal's right of passage.”

This claim specifically refers to the obligations devolving upon India as a result of Portugal's right of passage, and for this reason

existé auparavant, est devenu caduc à la suite des événements de 1954 et dans les circonstances actuelles.

Le Portugal n'a pas spécifié à quelle date il faut ici s'attacher et, dans ce silence, on peut être tenté de s'attacher à la date de la requête ou à celle de l'arrêt. Mais procéder ainsi serait ne pas tenir compte des conditions dans lesquelles la question de l'existence du droit de passage a été posée à la Cour.

Cette question lui a été posée à l'occasion du différend qui a surgi entre l'Inde et le Portugal au sujet des entraves apportées par l'Inde au passage. Le Portugal — et tel a été l'objet immédiat de la requête — a entendu faire prononcer sur le caractère, à son avis illicite, de ces entraves. C'est pour étayer cette thèse qu'il a invoqué son droit de passage et demandé à la Cour de reconnaître l'existence de ce droit. Cela étant, c'est à la veille de l'établissement de ces entraves qu'il faut se placer pour apprécier si le droit du Portugal existait ou non.

Procéder ainsi laisse intacts les arguments de l'Inde touchant la caducité ultérieure du droit de passage et de l'obligation correspondante. C'est à propos de ce qu'il faudra décider non plus pour le passé mais pour le présent et l'avenir que ces arguments pourront, si de telles questions se posent, être pris en considération.

Ainsi la première question sur laquelle les conclusions du Portugal appellent la Cour à décider est celle de savoir si, à la veille des événements de 1954 qui se sont produits à Dadra et à Nagar-Aveli, le Portugal avait un droit de passage sur le territoire de l'Inde dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves, droit soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde.

Le Portugal demande à la Cour de lui reconnaître ce droit. L'Inde la prie de déclarer cette demande non fondée.

A cette première demande, le Portugal en ajoute deux autres qui, d'ailleurs, sont subordonnées à une réponse favorable qui serait donnée, en totalité ou en partie, à la première demande: elles deviendront sans objet si le droit prétendu n'est pas reconnu. L'expression de ces deux demandes doit aussi être recherchée dans les conclusions déposées le 6 octobre 1959 au nom du Portugal.

Le Portugal demande tout d'abord à la Cour de:

« Dire et juger

que l'Inde ne s'est pas conformée aux obligations que lui impose le droit de passage du Portugal. »

Cette demande se réfère expressément aux obligations que le droit de passage du Portugal entraîne à la charge de l'Inde et à ce titre

it must be considered and decided by the Court, if the Court recognizes the said right of passage.

However, the grounds set forth in support of this claim include certain considerations which go beyond its subject-matter. Reference is made to the circumstances in which the alleged breach is said to have occurred. Mention is made of the events leading to the overthrow of Portuguese authority at Dadra and Nagar-Aveli in July and August 1954 brought about, in particular, by the action of elements coming from Indian territory. In this connection allusion is made to India's failure to respect the obligation, said to be binding on it under general international law, to adopt suitable measures to prevent the incursion of subversive elements into the territory of another State. With regard to the events of July 1954, it is stated among the grounds in support of the Portuguese Submissions that "the threat of action directed against the Portuguese territories of India could not be a matter of which the Indian Government was unaware"; that "it was clearly incumbent upon the Indian Government to take the measures which lay in its power to prevent the realization of such a design"; that "the Indian Government took no such measures"; that, following the public announcement of an expedition by the "United Front of Goans" against Nagar-Aveli, "the Indian Government took no step to prevent that second expedition"; and that, "so far from thus performing its duty towards Portugal, it firmly opposed all communications of Portugal with the enclaves". All this is stated, not merely to demonstrate in what circumstances India impeded or prohibited passage by Portugal, but also to demonstrate that, as well as failing to respect its special obligation in the matter of passage, India was in breach of a general obligation under international law; and the grounds in support of the Submissions make this clear by adding, after the description of the events of that time, that "the attitude adopted by India is thus in two respects contrary to the duty imposed upon it by international law, since instead of protecting Portugal against the unlawful enterprise with which the latter was threatened, it placed Portugal in a situation in which it was impossible for that State to defend itself against that enterprise".

In terms much more definite even than the above, Counsel for Portugal, speaking at the hearing of 29 October 1959, accused India of failure to fulfil its international obligations by tolerating on its territory enterprises directed against Portuguese authority at Dadra, and later at Nagar-Aveli. India denied this and, more particularly in the grounds set forth in answer to Portugal's second Submission, "indignantly" rejects the accusation thus brought against it, and explains what course it actually followed.

The Court is not required to deal with this issue, for it has not been asked, either in the Application or in the final Submissions of the Parties, to decide whether or not India's attitude towards those who instigated and brought about the events which occurred in

elle devra être examinée par la Cour pour décision si ce droit de passage est reconnu par elle.

Cependant, dans les motifs énoncés à l'appui de cette demande, apparaissent des considérations qui en dépassent l'objet. Le Portugal fait allusion aux circonstances dans lesquelles se serait produit le manquement allégué. Il vise les événements qui ont amené le renversement de l'autorité portugaise à Dadra et à Nagar-Aveli en juillet et août 1954 par l'action, notamment, d'éléments venus du territoire de l'Inde. A ce propos, allusion est faite au manquement de l'Inde aux obligations que le droit international général lui imposerait de prendre des mesures appropriées pour prévenir l'incursion d'éléments subversifs dans le territoire d'un autre État. A propos des événements de juillet 1954, il est énoncé dans les motifs des conclusions portugaises que « la menace d'une action dirigée contre les territoires portugais de l'Inde ne pouvait être ignorée du Gouvernement indien », qu'« il incombait évidemment au Gouvernement indien de prendre les mesures en son pouvoir pour prévenir la réalisation d'un tel dessein », que « le Gouvernement indien n'a pris aucune mesure de ce genre », qu'à la suite de l'annonce publique d'une expédition du « Front Uni des Goanais » contre Nagar-Aveli, « le Gouvernement indien ne prit aucune mesure pour empêcher cette seconde expédition » et que, « loin de remplir ainsi son devoir à l'égard du Portugal, il s'opposa rigoureusement à toutes communications de ce dernier avec les enclaves ». Tout cela n'est pas dit seulement pour faire apparaître dans quelles circonstances les entraves au passage ou interdictions de celui-ci ont été opposées par l'Inde au Portugal, mais pour faire également apparaître qu'il y a eu, à côté du manquement à l'obligation spéciale incombant à l'Inde en matière de passage, un manquement de sa part à une obligation générale selon le droit international ; et les motifs des conclusions le font nettement apparaître en ajoutant à la description des événements de cette époque que « l'attitude prise par l'Inde est donc doublement contraire au devoir que le droit international lui prescrivait, puisqu'au lieu de protéger le Portugal contre l'entreprise illicite qui le menaçait, elle l'a mis dans l'impossibilité de se défendre contre elle ».

Beaucoup plus nettement encore, à l'audience du 29 octobre 1959, le conseil du Portugal a reproché à l'Inde d'avoir manqué à ses obligations internationales en tolérant sur son territoire des entreprises dirigées contre l'autorité portugaise à Dadra, puis à Nagar-Aveli. L'Inde s'en est défendue et, en particulier dans les motifs qu'elle oppose à la deuxième conclusion du Portugal, elle a repoussé « avec indignation » l'accusation ainsi dirigée contre elle en expliquant quelle a été en fait sa conduite.

La Cour n'a pas à retenir cette contestation car ni dans la requête ni dans les conclusions finales des Parties il ne lui est demandé de dire si, par son attitude à l'égard de ceux qui ont provoqué et effectué les événements survenus en 1954 à Dadra et à Nagar-Aveli,

1954 at Dadra and Nagar-Aveli constituted a breach of its obligations under international law. The Court is only asked to adjudicate upon the compatibility of India's action with the obligations resulting from Portugal's right of passage. It is not asked to determine whether India's conduct was compatible with any other obligation alleged to be imposed upon it by international law.

This limitation derives from the very terms of the second claim advanced by Portugal.

After setting forth these two claims, which refer, implicitly or explicitly, to the past—that is, to the legal situation as it existed in 1954 and to India's actions at that time—Portugal's Submissions follow the course adopted in the Application and the Memorial, but with greater complexity; they turn to the present and the future, requesting the Court to determine certain measures to be adopted in the event of a decision recognizing the right claimed by Portugal and finding that India has committed a breach of its correlative obligation. In this connection the Application and the Memorial had merely sought respectively a decision by the Court, and a call by the Court to India, designed to secure the termination of the unlawful state of affairs resulting from India's alleged infringement of Portugal's right. In the Submissions filed on behalf of the Government of Portugal on 6 October 1959, this claim is put forward in an alternative form depending upon whether or not the Court holds that there should be a temporary suspension of the right of passage. If the Court is not of opinion that there should be such a suspension, it is asked to decide "that India must end the measures by which it opposes the exercise of the right of passage of Portugal". If the Court is of opinion that there should be a temporary suspension of the right of passage, it is asked to hold now that "this suspension shall end as soon as the course of events discloses that the justification for the suspension has disappeared".

Before putting forward its third claim, Portugal raised another point. It invited the Court "to hold that the arguments of India ... are without foundation" on three points. These are arguments selected from the contentions by which India opposes the claims made by Portugal regarding the decision it seeks as to the future effect of the right of passage. These arguments relate to:

(1) "India's right to adopt an attitude of neutrality in the conflict between the lawful Government and the alleged insurgents";

(2) "The application of the provisions of the United Nations Charter relating to human rights and to the right of self-determination of peoples";

(3) The bar constituted by "the existence in the enclaves of a ... local government which is not represented before the Court" to

L'Inde a manqué ou non à ses obligations selon le droit international. Il n'est demandé à la Cour de prononcer que sur la conformité de l'action de l'Inde aux obligations que lui impose le droit de passage du Portugal. Il ne lui est pas demandé d'apprécier la conformité de la conduite de l'Inde à telle ou telle autre obligation que lui imposerait le droit international.

Telle est la limite résultant des termes mêmes de la seconde demande énoncée par le Portugal.

Après l'énoncé de ces deux demandes qui implicitement ou explicitement se réfèrent au passé, à savoir à la situation juridique existant en 1954 et aux actes de l'Inde à cette époque, les conclusions du Portugal, à l'exemple de ce qu'avaient fait la requête et le mémoire mais en une forme plus complexe, se tournent vers le présent et l'avenir, invitant la Cour à déterminer certaines suites à une décision portant reconnaissance du droit revendiqué par le Portugal et constatation d'un manquement de l'Inde à son obligation correspondante. A cet égard, la requête et le mémoire s'étaient bornés à demander, la première une décision, le second une invitation, tendant à ce qu'il soit mis fin à l'état de choses illicite résultant de l'atteinte que l'Inde aurait portée au droit du Portugal. Dans les conclusions déposées au nom du Gouvernement du Portugal le 6 octobre 1959, cette demande est présentée avec une alternative suivant que la Cour admettrait ou non une suspension momentanée du droit de passage. Pour le cas où une telle suspension ne serait pas admise, il est demandé à la Cour de décider que « l'Inde doit mettre fin aux mesures par lesquelles elle s'oppose à l'exercice du droit de passage du Portugal ». Au cas où la Cour admettrait une suspension momentanée du droit de passage, il lui est demandé de prononcer dès maintenant que « cette suspension devra prendre fin dès que l'évolution de la situation en aura fait disparaître la justification ».

Avant de présenter cette troisième demande, le Portugal soulève un autre point. Il invite la Cour à « déclarer sans fondement les thèses de l'Inde » sur trois points. Ce sont des thèses reprises de l'argumentation de l'Inde en vue de rejeter les demandes formulées par le Portugal au sujet de ce qu'il souhaite voir décider par la Cour sur l'effet du droit de passage pour l'avenir. Ces thèses concernent :

1° « le droit de l'Inde d'adopter une attitude de neutralité dans le conflit entre le Gouvernement légal et les prétendus insurgés » ;

2° « l'application des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux droits de l'homme et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » ;

3° L'obstacle « que l'existence, dans les enclaves, d'un gouvernement local ... qui n'est pas représenté devant la Cour » opposerait

the Court's "adjudicating, in the present circumstances, on the Portuguese claim".

It goes without saying that the Court would take such arguments into consideration in the reasons for its Judgment if it regarded any of them as likely to assist it in arriving at the decision it is called upon to take. But it is no part of the judicial function of the Court to declare in the operative part of its Judgment that any of those arguments is or is not well-founded.

Before proceeding to the consideration of the merits, the Court must ascertain whether it has jurisdiction to do so, a jurisdiction which India has expressly contested.

Following upon the Application instituting proceedings by Portugal filed on 22 December 1955, the Court was seised of six preliminary objections raised by the Government of India. By a Judgment given on 26 November 1957 the Court rejected four of them and joined to the merits the two others, by which the Government of India continued to dispute the jurisdiction of the Court to deal with the present case.

The Court has first to adjudicate upon these two objections, which, as originally submitted, constituted the Fifth and Sixth Preliminary Objections.

In its Fifth Preliminary Objection the Government of India relied upon the reservation which forms part of its Declaration of 28 February 1940 accepting the jurisdiction of the Court and which excludes from that jurisdiction disputes with regard to questions which by international law fall exclusively within the jurisdiction of India. The Government of India argues that on that score the present dispute is outside the jurisdiction of the Court.

In support of its challenge of the jurisdiction the Government of India contended, in the grounds in support of its Submissions of 21 October 1959, that:

"if its examination of the merits should lead the Court to a finding that Portugal has not established the existence of the titles which she has invoked, and that these titles must accordingly be regarded as non-existent, it must follow that the question of the grant or refusal of the passage claimed over Indian territory falls exclusively within the domestic jurisdiction of India..."

That statement admits of no dispute, but it cannot be inferred therefrom, as the Indian Government does, that the Court has no jurisdiction, since the statement proceeds from a finding by the Court that the titles invoked by Portugal are invalid. The Court

« à ce qu'il soit statué, dans les circonstances présentes, sur la demande du Portugal ».

Que de telles thèses soient prises en considération par la Cour dans les motifs de son arrêt si elle estime que telle ou telle d'entre elles est de nature à la guider dans la décision qu'elle est appelée à rendre, cela va de soi. Mais prononcer dans le dispositif de l'arrêt que telle ou telle de ces thèses est oui ou non fondée ne rentre pas dans les fonctions judiciaires de la Cour.

Avant d'examiner le fond, la Cour doit déterminer si elle est compétente pour le faire: c'est ce que l'Inde a expressément contesté.

A la suite de la requête introductive d'instance dont elle a été saisie par le Portugal le 22 décembre 1955, la Cour s'est trouvée en présence de six exceptions préliminaires opposées par le Gouvernement de l'Inde. Par un arrêt rendu le 26 novembre 1957, la Cour a rejeté quatre d'entre elles et joint au fond les deux autres par lesquelles le Gouvernement de l'Inde a continué à contester la compétence de la Cour pour connaître de la présente affaire.

La Cour doit tout d'abord statuer sur ces deux exceptions, lesquelles dans leur présentation première constituaient les cinquième et sixième exceptions préliminaires.

Dans sa cinquième exception préliminaire, le Gouvernement de l'Inde s'est fondé sur la réserve que comporte sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, en date du 28 février 1940, qui exclut de cette juridiction les différends relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de la juridiction de l'Inde. Le Gouvernement de l'Inde soutient qu'à ce titre le présent différend échappe à la compétence de la Cour.

A l'appui de cette contestation de compétence, le Gouvernement de l'Inde a invoqué, dans les motifs de ses conclusions du 21 octobre 1959, que:

« si l'examen du fond conduit la Cour à la constatation que le Portugal n'a pas établi l'existence des titres qu'il invoque et que ceux-ci doivent dès lors être réputés inexistants, il en résultera que la question de l'octroi ou du refus du passage réclamé sur le territoire indien relève exclusivement de la compétence nationale de l'Inde... ».

Cette énonciation est incontestable, mais on ne peut en déduire, comme le fait le Gouvernement de l'Inde, l'incompétence de la Cour, puisque cette énonciation part de la constatation que la Cour aurait faite de l'invalidité des titres invoqués par le Portugal.

can only arrive at that finding after first establishing its competence to examine the validity of these titles.

In the present case Portugal is claiming a right of passage over Indian territory. It asserts the existence of a correlative obligation upon India. It asks for a finding that India has failed to fulfil that obligation. In support of the first two claims it invokes a Treaty of 1779, of which India contests both the existence and the interpretation. Portugal relies upon a practice of which India contests not only the substance, but also the binding character as between the two States which Portugal seeks to attach to it. Portugal further invokes international custom and the principles of international law as it interprets them. To contend that such a right of passage is one which can be relied upon as against India, to claim that such an obligation is binding upon India, to invoke, whether rightly or wrongly, such principles is to place oneself on the plane of international law. Indeed, in the course of the proceedings both Parties took their stand upon that ground and on occasion expressly said so. To decide upon the validity of those principles, upon the existence of such a right of Portugal as against India, upon such obligation of India towards Portugal, and upon the alleged failure to fulfil that obligation, does not fall exclusively within the jurisdiction of India.

The Fifth Objection cannot therefore be upheld.

The Sixth Preliminary Objection by which India has challenged the jurisdiction of the Court likewise relates to a limitation of India's acceptance of the jurisdiction of the Court, as set out in its Declaration of 28 February 1940.

By the terms of that Declaration India accepted the jurisdiction of the Court "over all disputes arising after February 5th, 1930, with regard to situations or facts subsequent to the same date". India contends that the present dispute does not satisfy either of the two conditions stated and that the Court is therefore without jurisdiction.

In order to form a judgment as to the Court's jurisdiction it is necessary to consider what is the subject of the dispute.

A passage in the Application headed "Subject of the Dispute" indicates that subject as being the conflict of views which arose between the two States when, in 1954, India opposed the exercise of Portugal's right of passage. If this were the subject of the dispute referred to the Court, the challenge to the jurisdiction could not be sustained. But it appeared from the Application itself and it was fully confirmed by the subsequent proceedings, the Submissions of the Parties and statements made in the course of the hearings, that the dispute submitted to the Court has a threefold subject:

La Cour ne peut faire une telle constatation que si elle s'est reconnue tout d'abord compétente pour connaître de la valeur de ces titres.

En la présente affaire, le Portugal prétend à un droit de passage sur le territoire de l'Inde. Il prétend à l'existence d'une obligation correspondante à la charge de l'Inde. Il prétend faire reconnaître un manquement de l'Inde à ladite obligation. A l'appui des deux premières demandes, il invoque un traité de 1779 dont l'Inde conteste tant l'existence que l'interprétation. Le Portugal invoque une pratique dont les éléments, ainsi que le caractère obligatoire que le Portugal entend y rattacher entre les deux États, sont contestés par l'Inde. Le Portugal invoque encore la coutume internationale et les principes du droit international tels qu'il les interprète. Invoquer un tel droit de passage comme opposable à l'Inde, invoquer une telle obligation à la charge de celle-ci, invoquer de tels principes, que ce soit à raison ou à tort, c'est se placer sur le terrain du droit international. En fait, au cours de la procédure, l'une et l'autre Parties se sont placées sur ce terrain et l'ont parfois expressément déclaré. Décider de la valeur de tels principes, prononcer sur l'existence d'un tel droit du Portugal à l'encontre de l'Inde, d'une telle obligation de l'Inde vis-à-vis du Portugal, ainsi que du manquement prétendu à cette obligation, ne relève pas exclusivement de la juridiction de l'Inde.

La cinquième exception ne saurait donc être retenue.

La sixième exception préliminaire par laquelle l'Inde a contesté la compétence de la Cour se réfère, elle aussi, à une limite à l'acceptation par l'Inde de la juridiction de la Cour qu'a énoncée sa déclaration du 28 février 1940.

Aux termes de celle-ci, l'Inde a accepté la juridiction de la Cour « pour tous les différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à ladite date ». L'Inde soutient que le présent différend ne répond à aucune des deux conditions énoncées et qu'en conséquence, la Cour n'a pas compétence.

Pour apprécier la compétence de la Cour, il faut considérer quel est l'objet du différend.

Un passage de la requête intitulé « Objet du différend » a présenté cet objet comme l'opposition de vues surgie entre les deux États quand, en 1954, l'Inde s'est opposée à l'exercice du droit de passage du Portugal. Si tel était l'objet du différend soumis à la Cour, la contestation de compétence soulevée ne pourrait être retenue. Mais il résultait déjà de la requête et il a été amplement confirmé par la suite de la procédure, les conclusions des Parties et les déclarations faites à l'audience que le différend soumis à la Cour a un triple objet :

- (1) The disputed existence of a right of passage in favour of Portugal;
- (2) The alleged failure of India in July 1954 to comply with its obligations concerning that right of passage;
- (3) The redress of the illegal situation flowing from that failure.

The dispute before the Court, having this three-fold subject, could not arise until all its constituent elements had come into existence. Among these are the obstacles which India is alleged to have placed in the way of exercise of passage by Portugal in 1954. The dispute therefore as submitted to the Court could not have originated until 1954. Thus it satisfies the time-condition to which the Declaration of India made its acceptance of the jurisdiction of the Court subject.

Even if we consider only the part of the dispute relating to the Portuguese claim, which India contests, to a right of passage over Indian territory, the position is the same. It is clear from the material placed before the Court that before 1954, passage was effected in a way recognized as acceptable to both sides. Certain incidents occurred, but they did not lead the Parties to adopt clearly-defined legal positions as against each other. The "conflict of legal views" between Parties which the Permanent Court of International Justice in the case of the *Mavrommatis Palestine Concessions* (Series A, No. 2, p. 11) includes in its definition of a dispute had not yet arisen. This is clear in particular from statements made by Counsel for India at the hearings of 15 October and 3 November, and by Counsel for Portugal at the hearing of 28 October 1959.

Accordingly there is no justification for saying that the dispute before the Court arose before 5 February 1930. There is not therefore, so far as the date of the birth of the dispute is concerned, any bar to the jurisdiction of the Court.

But India further contends that the dispute is one with regard to facts and situations prior to that date and that this takes it outside the jurisdiction of the Court.

On the point here under consideration, the Declaration of 28 February 1940, by which India has accepted the jurisdiction of the Court, does not proceed on the principle of excluding from that acceptance any given disputes. It proceeds in a positive manner on the basis of indicating the disputes which are included within that acceptance. By its terms, the jurisdiction of the Court is accepted "over all disputes arising after February 5th, 1930, with regard to situations or facts subsequent to the same date".

In accordance with the terms of the Declaration, the Court must hold that it has jurisdiction if it finds that the dispute submitted to it is a dispute with regard to a situation subsequent to 5 February 1930 or is one with regard to facts subsequent to that date.

- 1) Existence contestée d'un droit de passage au profit du Portugal;
- 2) Manquement que l'Inde aurait commis, en juillet 1954, à ses obligations concernant ce droit de passage;
- 3) Redressement de la situation illégale résultant de ce manquement.

Le différend soumis à la Cour ayant ce triple objet n'a pu naître que lorsque tous ses éléments constitutifs ont existé. Parmi ces éléments se trouvent les obstacles que l'Inde aurait, en 1954, apportés à l'exercice du passage par le Portugal. Le différend tel qu'il est soumis à la Cour n'a donc pu naître qu'en 1954. Ainsi répond-il à la condition relative à la date de sa naissance qu'a posée la déclaration de l'Inde portant acceptation de la juridiction de la Cour.

A ne considérer même que la partie du différend qui porte sur la prétention du Portugal, contestée par l'Inde, à un droit de passage sur le territoire de l'Inde, il n'en est pas autrement. Il résulte, en effet, de ce qui a été exposé à la Cour qu'avant 1954 le passage avait été pratiqué d'une manière admise comme acceptable de part et d'autre. Quelques incidents s'étaient produits mais sans amener les Parties à prendre des positions de droit nettement définies et s'opposant l'une à l'autre. L'« opposition de thèses juridiques » entre Parties que la Cour permanente de Justice internationale, en l'affaire des *concessions Ma'arommatis en Palestine* (Série A, n° 2, p. 11), fait entrer dans sa définition du différend ne s'était pas encore produite. C'est ce qui ressort notamment des dires des conseils de l'Inde aux audiences du 15 octobre et du 3 novembre et du conseil du Portugal à l'audience du 28 octobre 1959.

Rien ne permet donc de dire que le différend soumis à la Cour a pris naissance avant le 5 février 1930. Il n'y a donc pas, du côté de la naissance du différend, d'obstacle à la compétence de la Cour.

Mais l'Inde soutient, d'autre part, que le différend concerne des faits et situations antérieurs à cette date et que cela le fait échapper à la compétence de la Cour.

Sur le point ici considéré, la déclaration du 28 février 1940 par laquelle l'Inde a accepté la juridiction de la Cour ne procède pas en excluant de cette acceptation tels ou tels différends. Elle procède d'une façon positive en indiquant les différends qui sont compris dans cette acceptation. Selon ses termes, la juridiction de la Cour est acceptée « pour tous les différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à ladite date ».

Conformément aux termes de cette déclaration, la Cour doit se déclarer compétente si elle constate que le différend qui lui a été soumis concerne une situation postérieure au 5 février 1930 ou concerne des faits postérieurs à cette même date.

The facts or situations to which regard must be had in this connection are those with regard to which the dispute has arisen or, in other words, as was said by the Permanent Court in the case concerning the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, only "those which must be considered as being the source of the dispute", those which are its "real cause". The Permanent Court, in this connection, was unwilling to regard as such an earlier arbitral award which was the source of the rights claimed by one of the Parties, but which had given rise to no difficulty prior to the facts constituting the subject of the dispute. "It is true", it said, "that a dispute may presuppose the existence of some prior situation or fact, but it does not follow that the dispute arises in regard to that situation or fact." (Series A/B, No. 77, p. 82.) The Permanent Court thus drew a distinction between the situations or facts which constitute the source of the rights claimed by one of the Parties and the situations or facts which are the source of the dispute. Only the latter are to be taken into account for the purpose of applying the Declaration accepting the jurisdiction of the Court.

The dispute submitted to the Court is one with regard to a situation and, at the same time, with regard to certain facts: on the one hand there is the situation of the Portuguese enclaves within the territory of India, which gave rise to the need for a right of passage for Portugal and to its claim to such a right; on the other hand there are the facts of 1954 which Portugal advances as showing the failure of India to comply with its obligations, infringements of that right.

Up to 1954 the situation of those territories may have given rise to a few minor incidents, but passage had been effected without any controversy as to the title under which it was effected. It was only in 1954 that such a controversy arose and the dispute relates both to the existence of a right of passage to go into the enclaved territories and to India's failure to comply with obligations which, according to Portugal, were binding upon it in this connection. It was from all of this that the dispute referred to the Court arose; it is with regard to all of this that the dispute exists. This whole, whatever may have been the earlier origin of one of its parts, came into existence only after 5 February 1930. The time-condition to which acceptance of the jurisdiction of the Court was made subject by the Declaration of India is therefore complied with.

A finding that the Court has jurisdiction in this case will not involve giving any retroactive effect to India's acceptance of the compulsory jurisdiction, an effect against which the Permanent Court, in the *Phosphates in Morocco* case, sought to utter a warning as one which would be in conflict with the intention which led to such acceptance (Series A/B, No. 74, p. 24). The Court indeed will only have to pass upon the existence of the right claimed by Portugal as at July 1954, upon the alleged failure of India to comply with its obligations at that time and upon any redress in respect of

Les faits ou situations qu'il faut ici retenir sont ceux que le différend concerne ou, en d'autres termes, comme l'a dit la Cour permanente dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, « uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend », ceux qui en sont « réellement la cause ». La Cour permanente n'a pas consenti à retenir, à cet égard, une sentence arbitrale ancienne, source des droits revendiqués par l'une des Parties mais qui n'avait donné lieu à aucune difficulté antérieure aux faits faisant l'objet du différend. « Il est vrai, a-t-elle dit, qu'un différend peut présupposer l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend s'élève au sujet de cette situation ou de ce fait. » (Série A/B, n° 77, p. 82.) Ainsi la Cour permanente a distingué entre les situations ou faits qui constituent la source des droits revendiqués par l'une des Parties et les situations ou faits générateurs du différend. Seuls ces derniers doivent être retenus pour l'application de la déclaration portant acceptation de la juridiction de la Cour.

Le différend soumis à la Cour concerne à la fois une situation et certains faits: d'une part la situation d'enclaves portugaises dans le territoire de l'Inde, ce qui a fait naître le besoin d'un droit de passage pour le Portugal et sa prétention à un tel droit, d'autre part les faits de 1954 que le Portugal présente comme comportant des manquements de l'Inde à ses obligations, des atteintes à ce droit.

Jusqu'en 1954, la situation de ces territoires avait pu donner lieu à quelques incidents mineurs mais le passage avait été pratiqué sans controverse sur le titre selon lequel il était pratiqué. C'est en 1954 seulement qu'une telle controverse a surgi et le différend porte à la fois sur l'existence d'un droit de passage pour accéder aux territoires enclavés et sur le manquement de l'Inde aux obligations qui, selon le Portugal, lui incomberaient à cet égard. C'est de cet ensemble qu'est né le différend soumis à la Cour; c'est cet ensemble que concerne le différend. Cet ensemble, quelle que soit l'origine ancienne de l'une de ses parties, n'a existé qu'après le 5 février 1930. La condition de date mise à la compétence de la Cour par la déclaration de l'Inde se trouve donc remplie.

Reconnaître ici la compétence de la Cour ne sera pas donner à l'acceptation par l'Inde de la juridiction obligatoire un effet rétroactif contre lequel, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour permanente a entendu mettre en garde comme étant opposé à l'intention qui a guidé une telle acceptation (Série A/B, n° 74, p. 24). La Cour n'aura en effet à prononcer que sur l'existence du droit prétendu par le Portugal en juillet 1954, sur le manquement allégué de l'Inde à ses obligations à cette date et sur le redressement éventuel d'un tel manquement. Il n'est pas demandé à la Cour de dire

such a failure. The Court has not been asked for any finding whatsoever with regard to the past prior to 5 February 1930.

It would be idle to argue that the contentions put forward with regard to the existence of a right of passage would, if that question had been argued before 1930, have been the same as when it is today. Apart from the fact that that consideration relates only to a part of the present dispute, it overlooks the fact that the condition to which the Court's jurisdiction is subject does not relate to the nature of the arguments susceptible of being advanced. The fact that a treaty, of greater or lesser antiquity, that a rule of international law, established for a greater or lesser period, are invoked, is not the yardstick for the jurisdiction of the Court according to the Indian Declaration. That Declaration is limited to the requirement that the dispute shall concern a situation or facts subsequent to 5 February 1930: the present dispute satisfies that requirement.

The Court is therefore of opinion that the Sixth Objection should not be upheld and, consequently, it is of opinion that it has jurisdiction to deal with the present dispute.

The Court will now proceed to consider the merits.

It follows from what has been indicated above, that the Court has only three questions to consider on the merits:

- (1) The existence in 1954 of a right of passage in Portugal's favour to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, exercise of that right being regulated and controlled by India;
- (2) Failure by India in 1954 to fulfil its obligation in regard to that right of passage;
- (3) In the event of a finding of such failure, the remedy for the resulting unlawful situation.

Portugal claims a right of passage between Daman and the enclaves, and between the enclaves, across intervening Indian territory, to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, subject to India's right of regulation and control of the passage claimed, and without any immunity in Portugal's favour. It claims further that India is under obligation so to exercise its power of regulation and control as not to prevent the passage necessary for the exercise of Portugal's sovereignty over the enclaves.

India contends that the right claimed by Portugal is too vague and contradictory to enable the Court to pass judgment upon it by the application of the legal rules enumerated in Article 38 (1) of the Statute. Portugal answers that the right which it claims is definite enough for determination on the basis of international law, and that all that the Court is called upon to do is to declare the existence

et juger quoi que ce soit concernant le passé antérieur au 5 février 1930.

En vain invoquerait-on que les arguments sur l'existence du droit de passage auraient été les mêmes si cette question avait été débattue avant 1930 que lorsqu'elle l'est aujourd'hui. Outre que cette considération ne se réfère qu'à une partie du présent différend, elle perd de vue que la condition mise à la compétence de la Cour ne se réfère pas à la nature des arguments susceptibles d'être invoqués. Le fait qu'un traité plus ou moins ancien, qu'une règle de droit international établie depuis plus ou moins longtemps sont invoqués ne sert aucunement de mesure à la juridiction de la Cour selon la déclaration de l'Inde. Celle-ci s'en tient au fait que le différend concerne une situation ou des faits postérieurs au 5 février 1930: le présent différend satisfait à cette exigence.

La Cour estime donc n'avoir pas à retenir la sixième exception et, en conséquence, elle s'estime compétente pour connaître du présent différend.

La Cour examinera maintenant le fond de l'affaire.

Il résulte de ce qui a déjà été dit qu'en ce qui concerne le fond la Cour n'a à retenir que:

1° La question de l'existence en 1954 au profit du Portugal d'un droit de passage dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, avec réglementation et contrôle par l'Inde de l'exercice de ce droit;

2° La question du manquement de l'Inde, en 1954, à son obligation relative à ce droit de passage;

3° Si un tel manquement est reconnu, la question du redressement de la situation illicite qui en résulte.

Le Portugal revendique un droit de passage entre Damao et les enclaves et entre ces enclaves elles-mêmes, sur le territoire indien intermédiaire, dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur ces enclaves, sous réserve du droit pour l'Inde de réglementer et de contrôler le passage réclamé et sans aucune immunité en faveur du Portugal. Il soutient en outre que l'Inde est obligée d'exercer ses pouvoirs de réglementation et de contrôle de manière à ne pas empêcher le passage nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

L'Inde soutient que le droit revendiqué par le Portugal est trop vague et contradictoire pour que la Cour puisse se prononcer à son sujet par application des règles juridiques énumérées à l'article 38 (1) du Statut. Le Portugal répond que le droit revendiqué par lui est suffisamment précis pour que l'on puisse en connaître sur la base du droit international et que la Cour est simplement appelée à

of the right in favour of Portugal, leaving its actual exercise to be regulated and adjusted between the Parties as the exigencies of the day-to-day situation might require.

India argues that the vague and contradictory character of the right claimed by Portugal is proved by Portugal's admission that on the one hand the exercise of the right is subject to India's regulation and control as the territorial sovereign, and that on the other hand the right is not accompanied by any immunity, even in the case of the passage of armed forces.

There is no doubt that the day-to-day exercise of the right of passage as formulated by Portugal, with correlative obligation upon India, may give rise to delicate questions of application, but that is not, in the view of the Court, sufficient ground for holding that the right is not susceptible of judicial determination with reference to Article 38 (1) of the Statute. The Court is satisfied that the right of passage claimed by Portugal has, in the circumstances, been defined with sufficient precision to enable the Court to pass upon it.

In support of its claim, Portugal relies on the Treaty of Poona of 1779 and on *sanads* (decrees), issued by the Maratha ruler in 1783 and 1785, as having conferred sovereignty on Portugal over the enclaves with the right of passage to them.

India objects on various grounds that what is alleged to be the Treaty of 1779 was not validly entered into and never became in law a treaty binding upon the Marathas. The Court's attention has, in this connection, been drawn *inter alia* to the divergence between the different texts of the Treaty placed before the Court and to the absence of any text accepted as authentic by both parties and attested by them or by their duly authorized representatives. The Court does not consider it necessary to deal with these and other objections raised by India to the form of the Treaty and the procedure by means of which agreement upon its terms was reached. It is sufficient to state that the validity of a treaty concluded as long ago as the last quarter of the eighteenth century, in the conditions then prevailing in the Indian Peninsula, should not be judged upon the basis of practices and procedures which have since developed only gradually. The Marathas themselves regarded the Treaty of 1779 as valid and binding upon them, and gave effect to its provisions. The Treaty is frequently referred to as such in subsequent formal Maratha documents, including the two *sanads* of 1783 and 1785, which purport to have been issued in pursuance of the Treaty. The Marathas did not at any time cast any doubt upon the validity or binding character of the Treaty.

déclarer l'existence de ce droit en faveur du Portugal, en laissant aux Parties le soin d'en régler et d'en aménager le mode d'exercice selon les exigences de la situation du moment.

L'Inde prétend découvrir le caractère vague et contradictoire du droit revendiqué par le Portugal dans l'admission par celui-ci d'une part que l'exercice de ce droit est soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde en qualité de souverain territorial, d'autre part que ce droit n'est pas assorti d'immunités, même quand il s'agit du passage de forces armées.

Il n'est pas douteux que l'exercice journalier du droit de passage tel qu'il est énoncé par le Portugal, avec obligation correspondante à la charge de l'Inde, peut donner lieu à de délicates questions d'application; mais cela ne constitue pas, aux yeux de la Cour, un motif suffisant pour conclure à l'impossibilité d'une reconnaissance judiciaire de ce droit sur la base de l'article 38 (1) du Statut. La Cour estime que le droit de passage revendiqué par le Portugal a été défini en l'espèce avec une précision suffisante pour lui permettre de se prononcer à son sujet.

A l'appui de sa demande, le Portugal invoque le traité de Poona de 1779, conjointement avec des *sanads* (décrets) émis par le souverain mahratte en 1783 et 1785, comme lui ayant conféré la souveraineté sur les enclaves avec le droit de passage pour y accéder.

L'Inde objecte, pour plusieurs raisons, que ce que l'on présente comme le traité de 1779 n'a pas été valablement conclu et n'est jamais devenu en droit un traité obligeant les Mahrattes. L'attention de la Cour a été attirée en particulier, à cet égard, sur les divergences entre les différents textes du traité présentés à la Cour et sur l'absence de texte accepté comme authentique par les deux parties et certifié par elles ou par leurs représentants dûment autorisés. La Cour ne juge pas nécessaire de traiter de ces objections, ni des autres objections élevées par l'Inde quant à la forme du traité et quant à la procédure suivant laquelle un accord s'est fait sur ses termes. Qu'il suffise de dire que la validité d'un traité conclu à une époque aussi lointaine que le dernier quart du dix-huitième siècle, dans les conditions qui régnaient alors dans la péninsule indienne, ne doit pas être appréciée sur la base de pratiques et de procédures qui ne se sont développées depuis lors que graduellement. Les Mahrattes eux-mêmes ont considéré le traité de 1779 comme valide et ayant pour eux force obligatoire; ils en ont exécuté les clauses. Le traité est fréquemment cité comme tel dans les documents officiels mahrattes ultérieurs, notamment dans les deux *sanads* de 1783 et 1785 qui se présentent comme émis en application du traité. A aucun moment les Mahrattes n'ont formulé de doute quant à la validité ou quant au caractère obligatoire du traité.

India contends further that the Treaty and the two *sanads* of 1783 and 1785 taken together did not operate to transfer sovereignty over the assigned villages to Portugal, but only conferred upon it, with respect to the villages, a revenue grant of the value of 12,000 rupees per annum called a *jagir* or *saranjam*.

Article 17 of the Treaty is relied upon by Portugal as constituting a transfer of sovereignty. From an examination of the various texts of that article placed before it, the Court is unable to conclude that the language employed therein was intended to transfer sovereignty over the villages to the Portuguese. There are several instances on the record of treaties concluded by the Marathas which show that, where a transfer of sovereignty was intended, appropriate and adequate expressions like cession "in perpetuity" or "in perpetual sovereignty" were used. The expressions used in the two *sanads* and connected relevant documents establish, on the other hand, that what was granted to the Portuguese was only a revenue tenure called a *jagir* or *saranjam* of the value of 12,000 rupees a year. This was a very common form of grant in India and not a single instance has been brought to the notice of the Court in which such a grant has been construed as amounting to a cession of territory in sovereignty.

It is argued that the Portuguese were granted authority to put down revolt or rebellion in the assigned villages and that this is an indication that they were granted sovereignty over the villages. The Court does not consider that this conclusion is well-founded. If the intention of the Marathas had been to grant sovereignty over the villages to the Portuguese, it would have been unnecessary for the grant to recite that the future sovereign would have authority to quell a revolt or rebellion in his own territory. In the context in which this authorization occurs, it would appear that the intention was that the Portuguese would have authority on behalf of the Maratha ruler and would owe a duty to him to put down any revolt or rebellion in the villages against his authority.

It therefore appears that the Treaty of 1779 and the *sanads* of 1783 and 1785 were intended by the Marathas to effect in favour of the Portuguese only a grant of a *jagir* or *saranjam*, and not to transfer sovereignty over the villages to them.

Having regard to the view that the Court has taken of the character of the Maratha grant in favour of the Portuguese, the situation during the Maratha period need not detain the Court further in its consideration of Portugal's claim of a right of passage to and from the enclaves. During the Maratha period sovereignty over the villages comprised in the grant, as well as over the intervening territory between coastal Damian and the villages, vested in the Marathas. There could, therefore, be no question of any enclave or of any right of passage for the purpose of exercising sovereignty over enclaves. The fact that the Portuguese had access to the villages

L'Inde prétend en outre que, pris ensemble, le traité et les deux *sanads* de 1783 et 1785 n'ont pas opéré en faveur du Portugal un transfert de souveraineté sur les villages à lui assignés, mais simplement la concession d'un revenu de 12 000 roupies par an portant sur ces villages, concession appelée *jagir* ou *saranjam*.

C'est l'article 17 du traité que le Portugal invoque comme ayant emporté transfert de souveraineté. La Cour ne saurait conclure de l'examen des différents textes de cet article qui lui ont été soumis que leur teneur ait visé un transfert de souveraineté sur les villages en faveur des Portugais. Le dossier contient plusieurs exemples de traités conclus par les Mahrattes qui montrent que, lorsqu'il s'agissait d'opérer un transfert de souveraineté, ils employaient des expressions appropriées et adéquates telles que cession « à perpétuité » ou « en souveraineté perpétuelle ». D'autre part les termes utilisés dans les deux *sanads* et les documents pertinents qui s'y rapportent établissent qu'il n'a été concédé aux Portugais qu'une tenure d'ordre fiscal, appelée *jagir* ou *saranjam*, d'une valeur annuelle de 12 000 roupies. C'était là une forme de concession très répandue aux Indes et il n'a pas été signalé à la Cour un seul cas où une concession de cet ordre ait été interprétée comme équivalant à une cession de territoire en souveraineté.

Il est allégué que les Portugais s'étaient vu reconnaître le pouvoir d'étouffer les révoltes ou rébellions qui se produiraient dans les villages assignés, ce qui indiquerait une cession de souveraineté sur ces villages. La Cour ne juge pas cette conclusion bien fondée. Si les Mahrattes avaient eu l'intention de céder aux Portugais la souveraineté sur les villages, il aurait été inutile de préciser dans la concession que le futur souverain aurait le pouvoir de réprimer les révoltes ou rébellions éclatant sur son propre territoire. Dans les conditions où cette autorisation a été donnée, l'intention semble avoir été que les Portugais exerceraient ce pouvoir au nom du souverain mahratte et auraient à l'égard de celui-ci l'obligation d'étouffer toute révolte ou rébellion contre son autorité.

Il apparaît donc que l'intention des Mahrattes était d'opérer en faveur des Portugais, par le traité de 1779 et les *sanads* de 1783 et 1785, une simple concession de *jagir* ou *saranjam* et non un transfert de souveraineté sur les villages.

Eu égard à son opinion sur le caractère de la concession faite par les Mahrattes aux Portugais, la Cour n'a pas à s'arrêter aux circonstances de la période mahratte pour examiner la prétention du Portugal à un droit de passage vers les enclaves et à partir de celles-ci. Au cours de la période mahratte, la souveraineté sur les villages visés par la concession, ainsi que sur le territoire s'étendant entre l'arrondissement côtier de Damao et les villages, appartenait aux Mahrattes. Il ne pouvait donc être question d'enclaves, ni de droit de passage en vue d'exercer une souveraineté sur des enclaves. Le fait que le Portugal avait accès aux villages pour la perception

for the purpose of collecting revenue and in pursuit of that purpose exercised such authority as had been delegated to them by the Marathas cannot, in the view of the Court, be equated to a right of passage for the exercise of sovereignty.

It is clear from a study of the material placed before the Court that the situation underwent a change with the advent of the British as sovereign of that part of the country in place of the Marathas. The British found the Portuguese in occupation of the villages and exercising full and exclusive administrative authority over them. They accepted the situation as they found it and left the Portuguese in occupation of, and in exercise of exclusive authority over, the villages. The Portuguese held themselves out as sovereign over the villages. The British did not, as successors of the Marathas, themselves claim sovereignty, nor did they accord express recognition of Portuguese sovereignty, over them. The exclusive authority of the Portuguese over the villages was never brought in question. Thus Portuguese sovereignty over the villages was recognized by the British in fact and by implication and was subsequently tacitly recognized by India. As a consequence the villages comprised in the Maratha grant acquired the character of Portuguese enclaves within Indian territory.

For the purpose of determining whether Portugal has established the right of passage claimed by it, the Court must have regard to what happened during the British and post-British periods. During these periods, there had developed between the Portuguese and the territorial sovereign with regard to passage to the enclaves a practice upon which Portugal relies for the purpose of establishing the right of passage claimed by it.

With regard to Portugal's claim of a right of passage as formulated by it on the basis of local custom, it is objected on behalf of India that no local custom could be established between only two States. It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States.

As already stated, Portugal claims a right of passage to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, without any immunity and subject to the regulation and control of India. In the course of the written and oral proceedings, the existence of the right was discussed with reference to the different categories making up the right, namely private persons, civil officials, goods in general, armed forces, armed police, and arms and

d'un revenu et qu'il exerçait à cette fin les pouvoirs à lui délégués par les Mahrattes ne saurait, de l'avis de la Cour, être égalé à un droit de passage en vue d'exercer une souveraineté.

* * *

Il ressort clairement de l'étude des documents soumis à la Cour que la situation se modifia avec l'accession des Britanniques à la souveraineté sur cette partie du pays au lieu et place des Mahrattes. Les Britanniques trouvèrent les Portugais occupant les villages et y exerçant leur pleine et exclusive autorité administrative. Acceptant la situation telle qu'ils l'avaient trouvée, ils laissèrent les Portugais occuper les villages et y exercer une autorité exclusive. Les Portugais se présentèrent comme souverains des villages. Les Britanniques s'abstinrent de prétendre eux-mêmes à la souveraineté en qualité de successeurs des Mahrattes, mais ils ne reconnurent pas non plus expressément la souveraineté du Portugal. L'autorité exclusive des Portugais sur les villages ne fut jamais mise en question. Ainsi la souveraineté du Portugal sur les villages fut-elle reconnue par les Britanniques en fait et par implication; elle le fut ensuite tacitement par l'Inde. En conséquence, les villages visés par la concession mahratte acquirent le caractère d'enclaves portugaises en territoire indien.

En vue de déterminer si le Portugal a établi le droit de passage qu'il revendique, la Cour doit prendre en considération ce qui s'est passé au cours des périodes britannique et post-britannique. Au cours de ces périodes, le passage vers les enclaves a donné lieu, entre les Portugais et le souverain territorial, à une pratique que le Portugal invoque pour établir le droit de passage par lui réclamé.

En tant que cette prétention du Portugal à un droit de passage est formulée par ce pays sur la base de la coutume locale, il est allégué au nom de l'Inde qu'aucune coutume locale ne saurait se constituer entre deux États seulement. On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États.

Ainsi qu'il a déjà été dit, le Portugal revendique un droit de passage dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, sans aucune immunité et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde. Dans les écritures et en plaidoirie, la discussion relative à l'existence de ce droit a visé les différentes catégories auxquelles il s'appliquerait, à savoir les personnes privées, les fonctionnaires civils, les marchandises en général, les forces

ammunition. The Court will proceed to examine whether such a right as is claimed by Portugal is established on the basis of the practice that prevailed between the Parties during the British and post-British periods in respect of each of these categories.

It is common ground between the Parties that the passage of private persons and civil officials was not subject to any restrictions, beyond routine control, during these periods. There is nothing on the record to indicate the contrary.

Goods in general, that is to say, all merchandise other than arms and ammunition, also passed freely between Daman and the enclaves during the periods in question, subject only, at certain times, to customs regulations and such regulation and control as were necessitated by considerations of security or revenue. The general prohibition of the transit of goods during the Second World War and prohibitions imposed upon the transit of salt and, on certain occasions, upon that of liquor and materials for the distillation of liquor, were specific measures necessitated by the considerations just referred to. The scope and purpose of each prohibition were clearly defined. In all other cases the passage of goods was free. No authorization or licence was required.

The Court, therefore, concludes that, with regard to private persons, civil officials and goods in general there existed during the British and post-British periods a constant and uniform practice allowing free passage between Daman and the enclaves. This practice having continued over a period extending beyond a century and a quarter unaffected by the change of regime in respect of the intervening territory which occurred when India became independent, the Court is, in view of all the circumstances of the case, satisfied that that practice was accepted as law by the Parties and has given rise to a right and a correlative obligation.

The Court therefore holds that Portugal had in 1954 a right of passage over intervening Indian territory between coastal Daman and the enclaves and between the enclaves, in respect of private persons, civil officials and goods in general, to the extent necessary, as claimed by Portugal, for the exercise of its sovereignty over the enclaves, and subject to the regulation and control of India.

As regards armed forces, armed police and arms and ammunition, the position is different.

It appears that during the British period up to 1878 passage of armed forces and armed police between British and Portuguese possessions was regulated on a basis of reciprocity. No distinction appears to have been made in this respect with regard to passage between Daman and the enclaves. There is nothing to show that passage of armed forces and armed police between Daman and the

armées, la police armée et les armes et munitions. La Cour recherchera pour chacune de ces catégories si le droit réclamé par le Portugal est établi sur la base de la pratique développée entre les Parties au cours des périodes britannique et post-britannique.

Il est admis de part et d'autre que, durant ces périodes, le passage des personnes privées et des fonctionnaires civils n'a été soumis à aucune restriction, en dehors du contrôle normal. Rien dans le dossier n'indique le contraire.

Les marchandises en général, c'est-à-dire toutes les marchandises à l'exclusion des armes et munitions, ont également passé librement entre Damao et les enclaves au cours des périodes en question, sous la seule réserve, à certaines époques, des règlements douaniers et des règlements et contrôles nécessités par des considérations de sécurité ou de fiscalité. L'interdiction générale du transit des marchandises édictée au cours de la seconde guerre mondiale et les prohibitions imposées sur le transit du sel et, à certains moments, sur celui de l'alcool et des produits destinés à la fabrication de l'alcool étaient des mesures particulières justifiées par les considérations dont il vient d'être fait état. La portée et le but de chacune de ces interdictions étaient clairement définis. Dans tous les autres cas, le passage des marchandises a été libre. Ni autorisation ni licence n'étaient exigées.

La Cour conclut donc qu'en ce qui est des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général il a existé au cours des périodes britannique et post-britannique une pratique constante et uniforme de libre passage entre Damao et les enclaves. Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les Parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante.

En conséquence, la Cour estime que le Portugal avait en 1954 un droit de passage entre l'arrondissement côtier de Damao et les enclaves et entre ces enclaves elles-mêmes, sur le territoire indien intermédiaire, pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, dans la mesure nécessaire, conformément à la demande du Portugal, à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde.

En ce qui concerne les forces armées, la police armée et les armes et munitions, la situation est différente.

Il apparaît qu'au cours de la période britannique le passage des forces armées et de la police armée entre possessions britanniques et portugaises a, jusqu'en 1878, été réglé sur une base de réciprocité. Il ne paraît pas avoir été fait de distinction à cet égard pour le passage entre Damao et les enclaves. Rien n'indique que le passage des forces armées et de la police armée entre Damao et les enclaves ou

enclaves or between the enclaves was permitted or exercised as of right.

Paragraph 3 of Article XVIII of the Treaty of Commerce and Extradition of 26 December 1878 between Great Britain and Portugal laid down that the armed forces of the two Governments should not enter the Indian dominions of the other, except for the purposes specified in former Treaties, or for the rendering of mutual assistance as provided for in the Treaty itself, or in consequence of a formal request made by the Party desiring such entry. Subsequent correspondence between the British and Portuguese authorities in India shows that this provision was applicable to passage between Daman and the enclaves.

It is argued on behalf of Portugal that on twenty-three occasions during the years 1880-1889 Portuguese armed forces crossed British territory between Daman and the enclaves without obtaining permission. In this connection, it should be observed that on 8 December 1890 the Government of Bombay forwarded to the Government of Portuguese India a complaint to the effect that "armed men in the service of the Portuguese Government are in the habit of passing without formal request through a portion of the British Pardi *taluka* of Surat en route from Daman to Nagar Haveli and back again. It would appear that the provisions of Article XVIII of the Treaty are thus violated." In his letter of 22 December 1890 addressed to the Governor of Bombay, the Governor-General of Portuguese India stated: "On so delicate a subject I request leave to observe that Portuguese troops never cross British territory without previous permission", and went on to add: "For centuries has this practice been followed, whereby the treaties have been respected and due deference shown to the British Authorities." The statement that this practice concerning the passage of armed forces from the territory of one State to that of the other had continued over a long period even before the enclaves came into existence finds support, for instance, in a Treaty of 1741 between the Marathas and the Portuguese which contained the following provision: "A soldier of the *Sarkar* [Maratha ruler] entering the territory of Daman will do so only with the permission of the *Firangee* [Portuguese]. If a soldier of the *Firangee* were to enter the territory of the *Sarkar*, he will do so only with the permission of the *Sarkar*. There is no reason to enter without permission."

In consequence of the British complaint that passage of armed men between Daman and the enclaves took place in contravention of Article XVIII of the Treaty of 1878 and of the reply of the Governor-General of Portuguese India of 22 December 1890, a certain amount of further correspondence took place and the matter was concluded with the assurance contained in the letter of the Secretary-General of the Government of Portuguese India dated 1 May 1891, in which he stated: "His Excellency thanks you for the communication with regard to the circumstances in which the

entre les enclaves elles-mêmes ait été autorisé ou exercé à titre de droit.

Le troisième alinéa de l'article XVIII du traité de commerce et d'extradition du 26 décembre 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal disposait que la force armée de l'un des deux gouvernements n'entrerait dans les possessions indiennes de l'autre que dans les cas spécifiés par des traités antérieurs, ou pour se prêter un mutuel secours comme il était prévu dans le traité même, ou encore sur demande formelle de la partie désirant cette entrée. La correspondance échangée par la suite entre autorités britanniques et portugaises aux Indes prouve que cette disposition était applicable au passage entre Damao et les enclaves.

Le Portugal cite vingt-trois cas remontant aux années 1880-1889 où les forces armées portugaises auraient traversé sans autorisation le territoire britannique entre Damao et les enclaves. Il convient d'observer à cet égard que, le 8 décembre 1890, le Gouvernement de Bombay se plaignit auprès du Gouvernement de l'Inde portugaise de ce que: « des hommes en armes au service du Gouvernement portugais ont l'habitude de traverser sans en formuler officiellement la demande une partie du *taluka* britannique de Pardi (district de Surat) en se rendant de Damao à Nagar-Aveli et retour. Il semble que cela constitue une violation des dispositions de l'article XVIII du traité. » Dans une lettre adressée le 22 décembre 1890 au gouverneur de Bombay, le gouverneur général de l'Inde portugaise déclara: « Sur un sujet aussi délicat, je me permettrai de faire observer que les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable » et il ajouta: « Cette pratique a été observée depuis des siècles en respect des traités et par déférence à l'égard des autorités britanniques. » L'affirmation que la pratique relative au passage des forces armées du territoire d'un État sur celui de l'autre était en usage depuis longtemps, avant même la création des enclaves, est corroborée notamment par un traité luso-mahratte de 1741 qui contient la disposition suivante: « Un soldat du *Sarkar* [souverain mahratte] pénétrant sur le territoire de Damao ne le fera qu'avec l'autorisation du *Firangee* [Portugais]. Si un soldat du *Firangee* doit entrer sur le territoire du *Sarkar*, il ne le fera qu'avec la permission du *Sarkar*. Il n'y a aucun motif d'entrer sans permission. »

A la suite de la plainte formulée par les Britanniques au sujet du passage de membres des forces armées entre Damao et les enclaves contrairement à l'article XVIII du traité de 1878 et à la suite de la réponse du gouverneur général de l'Inde portugaise en date du 22 décembre 1890, d'autres lettres furent échangées et l'affaire prit fin avec les assurances données par le secrétaire général du Gouvernement de l'Inde portugaise dans une lettre du 1^{er} mai 1891 où il déclarait: « Son Excellence vous remercie d'avoir bien voulu lui fournir des renseignements sur la façon dont se présente la question

matter is placed, and requests me to state that on the part of this Government injunctions will be given for the strictest observance of the provisions of Article XVIII of the Anglo-Portuguese Treaty."

The Court is not concerned with the question whether any violation of the relevant provision of the Treaty in fact took place. Whether any such violation did or did not take place, the legal position with regard to the passage of armed forces between Daman and the enclaves appears clearly from this correspondence.

The requirement of a formal request before passage of armed forces could take place was repeated in an agreement of 1913.

With regard to armed police, the position was similar to that of armed forces. The Treaty of 1878 regulated the passage of armed police on the basis of reciprocity. Paragraph 2 of Article XVIII of the Treaty made provision for the entry of the police authorities of the parties into the territories of the other party for certain specific purposes, e.g., the pursuit of criminals and persons engaged in smuggling and contraband practices, on a reciprocal basis. An agreement of 1913 established an arrangement providing for a reciprocal concession permitting parties of armed police to cross intervening territory, provided previous intimation was given. An agreement of 1920 provided that armed police below a certain rank should not enter the territory of the other party without consent previously obtained.

An agreement of 1940 concerning passage of Portuguese armed police over the Daman-Silvassa (Nagar-Aveli) road provided that, if the party did not exceed ten in number, intimation of its passage should be given to the British authorities within twenty-four hours after passage had taken place, but that "If any number exceeding ten at a time are required so to travel at any time the existing practice should be followed and concurrence of the British authorities should be obtained by prior notice as heretofore."

Both with regard to armed forces and armed police, no change took place during the post-British period after India became independent.

It would thus appear that, during the British and post-British periods, Portuguese armed forces and armed police did not pass between Daman and the enclaves as of right and that, after 1878, such passage could only take place with previous authorization by the British and later by India, accorded either under a reciprocal arrangement already agreed to, or in individual cases. Having regard to the special circumstances of the case, this necessity for authorization before passage could take place constitutes, in the view of the Court, a negation of passage as of right. The practice predicates that the territorial sovereign had the discretionary power to withdraw or to refuse permission. It is argued that permission was always granted, but this does not, in the opinion of the Court, affect the legal position. There is nothing in the record

et me prie de déclarer que ce Gouvernement donnera des ordres pour la stricte observation des dispositions de l'article XVIII du traité anglo-portugais. »

La Cour n'a pas à rechercher s'il y a effectivement eu violation de la disposition pertinente du traité. Qu'il y ait eu violation ou non, la correspondance en question montre clairement quelle était la situation juridique en matière de passage des forces armées entre Damao et les enclaves.

L'exigence d'une demande formelle préalable au passage des forces armées se retrouve dans un accord de 1913.

Pour la police armée, la situation était la même que pour les forces armées. Le traité de 1878 réglait le passage de la police armée sur une base de réciprocité. Le deuxième alinéa de l'article XVIII de ce traité prévoyait, sur une base de réciprocité, l'entrée des autorités de police de chacune des parties sur le territoire de l'autre pour certains buts déterminés, tels que la poursuite des criminels et des personnes se livrant à la contrebande. Un accord de 1913 prévoyait, à titre de concession réciproque, que des unités de police armées pourraient traverser le territoire intermédiaire à condition que notification préalable en fût donnée. Un accord de 1920 disposait qu'au-dessous d'un certain rang les policiers armés ne pénétreraient pas sur le territoire de l'autre partie sans consentement préalable.

Un accord de 1940 relatif au passage des policiers portugais armés sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli) énonçait que, si leur nombre n'était pas supérieur à dix, leur passage devrait être signalé aux autorités britanniques dans les vingt-quatre heures suivant ce passage mais que, « S'il était nécessaire de faire circuler, à un moment quelconque, un nombre de policiers supérieur à dix à la fois, la pratique actuelle devrait être suivie et l'assentiment des autorités britanniques obtenu comme auparavant par voie de notification préalable. »

Que ce soit pour les forces armées ou pour la police armée, il n'est intervenu aucun changement au cours de la période post-britannique, après l'accession de l'Inde à l'indépendance.

Il apparaît donc qu'au cours des périodes britannique et post-britannique les forces armées et la police armée portugaises ne passaient pas entre Damao et les enclaves à titre de droit et qu'après 1878 leur passage n'a pu avoir lieu qu'avec l'autorisation préalable des Britanniques, puis des Indiens, donnée soit en vertu d'un accord réciproque antérieur, soit dans des cas d'espèce. La Cour estime qu'en égard aux circonstances spéciales de l'espèce l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique

to show that grant of permission was incumbent on the British or on India as an obligation.

As regards arms and ammunition, paragraph 4 of Article XVIII of the Treaty of 1878 provided that the exportation of arms, ammunition or military stores from the territories of one party to those of the other "shall not be permitted, except with the consent of, and under rules approved of by, the latter".

Rule 7 A, added in 1880 to the rules framed under the Indian Arms Act of 1878, provided that "nothing in rules 5, 6, or 7 shall be deemed to authorize the grant of licences ... to import any arms, ammunition or military stores from Portuguese India, [or] to export to Portuguese India ... [such objects] ... except ... by a special licence". Subsequent practice shows that this provision applied to transit between Daman and the enclaves.

There was thus established a clear distinction between the practice permitting free passage of private persons, civil officials and goods in general, and the practice requiring previous authorization, as in the case of armed forces, armed police, and arms and ammunition.

The Court is, therefore, of the view that no right of passage in favour of Portugal involving a correlative obligation on India has been established in respect of armed forces, armed police, and arms and ammunition. The course of dealings established between the Portuguese and the British authorities with respect to the passage of these categories excludes the existence of any such right. The practice that was established shows that, with regard to these categories, it was well understood that passage could take place only by permission of the British authorities. This situation continued during the post-British period.

Portugal also invokes general international custom, as well as the general principles of law recognized by civilized nations, in support of its claim of a right of passage as formulated by it. Having arrived at the conclusion that the course of dealings between the British and Indian authorities on the one hand and the Portuguese on the other established a practice, well understood between the Parties, by virtue of which Portugal had acquired a right of passage in respect of private persons, civil officials and goods in general, the Court does not consider it necessary to examine whether general international custom or the general principles of law recognized by civilized nations may lead to the same result.

As regards armed forces, armed police and arms and ammunition, the finding of the Court that the practice established between the

que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation.

Quant au passage des armes et munitions, le traité de 1878 dispose, en son article XVIII, quatrième alinéa, que l'exportation d'armes, de munitions ou de fournitures militaires des possessions de l'une des parties vers celles de l'autre « ne sera point permise excepté avec le consentement de cette dernière et sous les règlements approuvés par elle ».

La règle 7 A, ajoutée en 1880 aux règles édictées en vertu de l'*Indian Arms Act* de 1878, énonçait : « Rien dans les règles 5, 6 ou 7 ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences ... en vue d'importer des armes, munitions ou fournitures militaires en provenance de l'Inde portugaise [ou d'en] exporter à destination de l'Inde portugaise ... [sans] licence spéciale. » La pratique suivie par la suite montre que cette disposition s'est appliquée au transit entre Darnao et les enclaves.

Ainsi une distinction nette était établie entre la pratique admettant le libre passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général et la pratique consistant à exiger une autorisation préalable, comme c'était le cas pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions.

La Cour estime par conséquent qu'un droit de passage en faveur du Portugal avec obligation correspondante à la charge de l'Inde n'a été établi ni pour les forces armées, ni pour la police armée, ni pour les armes et munitions. La manière de procéder suivie par les autorités portugaises et britanniques pour le passage de ces catégories exclut l'existence d'un tel droit. La pratique qui s'était constituée prouve qu'on était bien d'accord sur le fait que, pour ces catégories, le passage ne pouvait avoir lieu qu'avec la permission des autorités britanniques. Cette situation s'est continuée au cours de la période post-britannique.

Le Portugal invoque également, à l'appui de sa prétention à un droit de passage telle qu'il la formule, la coutume internationale générale et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Étant parvenue à la conclusion que la manière de procéder suivie par les autorités britanniques et indiennes d'une part et portugaises de l'autre a constitué une pratique sur laquelle les Parties étaient bien d'accord et en vertu de laquelle le Portugal avait acquis un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher si la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent conduire au même résultat.

En ce qui est des forces armées, de la police armée et des armes et munitions, la Cour ayant constaté que la pratique établie entre

Parties required for passage in respect of these categories the permission of the British or Indian authorities, renders it unnecessary for the Court to determine whether or not, in the absence of the practice that actually prevailed, general international custom or the general principles of law recognized by civilized nations could have been relied upon by Portugal in support of its claim to a right of passage in respect of these categories.

The Court is here dealing with a concrete case having special features. Historically the case goes back to a period when, and relates to a region in which, the relations between neighbouring States were not regulated by precisely formulated rules but were governed largely by practice. Where therefore the Court finds a practice clearly established between two States which was accepted by the Parties as governing the relations between them, the Court must attribute decisive effect to that practice for the purpose of determining their specific rights and obligations. Such a particular practice must prevail over any general rules.

Having found that Portugal had in 1954 a right of passage over intervening Indian territory between Daman and the enclaves in respect of private persons, civil officials and goods in general, the Court will proceed to consider whether India has acted contrary to its obligation resulting from Portugal's right of passage in respect of any of these categories.

Portugal complains of the progressive restriction of its right of passage between October 1953 and July 1954. It does not, however, contend that India had, during that period, acted contrary to its obligation resulting from Portugal's right of passage. But Portugal complains that passage was thereafter denied to Portuguese nationals of European origin, whether civil officials or private persons, to native Indian Portuguese in the employ of the Portuguese Government, and to a delegation that the Governor of Daman proposed to send to Nagar-Aveli and Dadra.

It may be observed that the Governor of Daman was granted the necessary visas for a journey to and back from Dadra as late as 21 July 1954.

The events that took place in Dadra on 21-22 July 1954 resulted in the overthrow of Portuguese authority in that enclave. This created tension in the surrounding Indian territory. Thereafter all passage was suspended by India. India contends that this became necessary in view of the abnormal situation which had arisen in Dadra and the tension created in surrounding Indian territory.

On 26 July the Portuguese Government requested that delegates of the Governor of Daman (if necessary limited to three) should be

les Parties exigeait pour le passage de ces catégories la permission des autorités britanniques ou indiennes, il est sans intérêt de déterminer si, en l'absence de la pratique qui a effectivement prévalu, le Portugal aurait pu fonder sa prétention à un droit de passage pour ces catégories sur la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

La Cour se trouve en présence d'un cas concret présentant des caractères spéciaux. Par ses origines, l'affaire remonte à une période et concerne une région où les rapports entre États voisins n'étaient pas régis par des règles formulées avec précision, mais largement commandés par la pratique. Par conséquent, se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles.

Ayant admis que le Portugal avait en 1954 un droit de passage entre Damao et les enclaves, sur le territoire indien intermédiaire, pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, la Cour recherchera si l'Inde a agi contrairement à l'obligation que lui imposait le droit de passage du Portugal pour chacune de ces catégories.

Le Portugal se plaint des restrictions progressives apportées à son droit de passage entre octobre 1953 et juillet 1954, sans toutefois prétendre que l'Inde ait, au cours de cette période, agi contrairement à l'obligation que lui imposait le droit de passage du Portugal. Mais le Portugal se plaint de ce qu'ensuite le passage ait été refusé aux ressortissants portugais d'origine européenne, soit fonctionnaires, soit personnes privées, aux Portugais d'origine indienne au service du Gouvernement portugais et à une délégation que le gouverneur de Damao se proposait d'envoyer à Nagar-Aveli et à Dadra.

On peut observer que, le 21 juillet 1954 encore, le gouverneur de Damao se voyait accorder les visas nécessaires pour se rendre à Dadra et en revenir.

Les événements qui se produisirent à Dadra le 21-22 juillet 1954 aboutirent au renversement de l'autorité portugaise dans cette enclave, ce qui suscita une certaine tension dans le territoire indien environnant. L'Inde suspendit alors tout passage. Elle allègue que cela fut rendu nécessaire par la situation anormale apparue à Dadra et la tension créée dans le territoire indien environnant.

Le 26 juillet, le Gouvernement portugais demanda que des délégués du gouverneur de Damao (au besoin limités au nombre de

enabled to go to Nagar-Aveli in order to enter into contact with the population, examine the situation and take the necessary administrative measures on the spot. The request stated that if possible this delegation would also visit Dadra and examine the situation there. It mentioned that the delegation could be routed directly to Nagar-Aveli from Daman and need not necessarily pass through Dadra. The Government of India in its reply dated 28 July refused this request. The reply stressed *inter alia* the tension that prevailed in the intervening Indian territory, and went on to state:

"This tension is bound to increase if Portuguese officials are permitted to go across Indian territory for the purposes mentioned in the note. The passage of these officials across Indian territory might also lead to other undesirable consequences in view of the strong feelings which have been aroused by the repressive actions of the Portuguese authorities. In these circumstances, therefore, the Government of India regret that they cannot entertain the demand of the Portuguese authorities for facilities to enable them to send a delegation from Daman to Dadra and Nagar-Aveli across Indian territory."

In view of the tension then prevailing in intervening Indian territory, the Court is unable to hold that India's refusal of passage to the proposed delegation and its refusal of visas to Portuguese nationals of European origin and to native Indian Portuguese in the employ of the Portuguese Government was action contrary to its obligation resulting from Portugal's right of passage. Portugal's claim of a right of passage is subject to full recognition and exercise of Indian sovereignty over the intervening territory and without any immunity in favour of Portugal. The Court is of the view that India's refusal of passage in those cases was, in the circumstances, covered by its power of regulation and control of the right of passage of Portugal.

For these reasons,

THE COURT,

by thirteen votes to two,

rejects the Fifth Preliminary Objection;

by eleven votes to four,

rejects the Sixth Preliminary Objection;

by eleven votes to four,

finds that Portugal had in 1954 a right of passage over intervening Indian territory between the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and the coastal district of Daman and between these enclaves, to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over

trois) pussent se rendre à Nagar-Aveli afin d'entrer en contact avec la population, d'examiner la situation et de prendre sur place les mesures administratives nécessaires. La demande ajoutait que, si possible, la délégation visiterait aussi Dadra pour y examiner la situation. Elle exposait que cette délégation pourrait se rendre directement de Damao à Nagar-Aveli, sans nécessairement passer par Dadra. Le Gouvernement de l'Inde repoussa cette demande dans une réponse datée du 28 juillet. La réponse soulignait entre autres raisons la tension régnant dans le territoire indien intermédiaire et énonçait :

« Cette tension ne fera qu'augmenter si des fonctionnaires portugais sont autorisés à traverser le territoire de l'Inde aux fins mentionnées dans la note. Le passage de ces fonctionnaires à travers le territoire indien pourrait aussi entraîner des conséquences indésirables en raison de la violence des sentiments suscités par les actes de répression des autorités portugaises. Dans ces conditions, le Gouvernement de l'Inde regrette par conséquent de ne pouvoir donner suite à la demande des autorités portugaises pour l'octroi de facilités leur permettant d'envoyer une délégation de Damao à Dadra et Nagar-Aveli à travers le territoire de l'Inde. »

En raison de la tension existant alors dans le territoire indien intermédiaire, la Cour ne saurait considérer que le refus de passage opposé par l'Inde à la délégation proposée, ni le refus de visas aux ressortissants portugais d'origine européenne et aux Portugais d'origine indienne au service du Gouvernement portugais aient été contraires à l'obligation qu'imposait à l'Inde le droit de passage du Portugal. La demande portugaise de droit de passage est subordonnée à la pleine reconnaissance et à l'exercice de la souveraineté de l'Inde sur le territoire intermédiaire, sans aucune immunité en faveur du Portugal. La Cour estime que le refus de passage opposé dans ces cas par l'Inde relevait en l'espèce de son pouvoir de réglementation et de contrôle du droit de passage du Portugal.

Par ces motifs,

LA COUR,

par treize voix contre deux,

rejette la cinquième exception préliminaire :

par onze voix contre quatre,

rejette la sixième exception préliminaire ;

par onze voix contre quatre,

dit que le Portugal avait en 1954 un droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et l'arrondissement côtier de Damao et entre ces enclaves elles-mêmes, sur le territoire indien intermédiaire, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souverai-

the enclaves and subject to the regulation and control of India, in respect of private persons, civil officials and goods in general;

by eight votes to seven,

finds that Portugal did not have in 1954 such a right of passage in respect of armed forces, armed police, and arms and ammunition;

by nine votes to six,

finds that India has not acted contrary to its obligations resulting from Portugal's right of passage in respect of private persons, civil officials and goods in general.

Done in English and French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twelfth day of April, one thousand nine hundred and sixty, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Portuguese Republic and to the Government of the Republic of India, respectively.

(Signed) Helge KLAESTAD,
President.

(Signed) GARNIER-COIGNET,
Deputy-Registrar.

The PRESIDENT and Judges BASDEVANT, BADAWI, KOJEVNIKOV and SPIROPOULOS append Declarations to the Judgment of the Court.

Judge WELLINGTON KOO appends to the Judgment of the Court a statement of his Separate Opinion.

Judges WINIARSKI and BADAWI append to the Judgment of the Court a statement of their Joint Dissenting Opinion. Judges ARMAND-UGON, MORENO QUINTANA and Sir Percy SPENDER and Judges *ad hoc* CHAGLA and FERNANDES append to the Judgment of the Court statements of their Dissenting Opinions.

(Initialled) H. K.

(Initialled) G.-C.

neté portugaise sur ces enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde, pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général;

par huit voix contre sept,

dit que le Portugal n'avait en 1954 ce droit de passage ni pour les forces armées, ni pour la police armée, ni pour les armes et munitions;

par neuf voix contre six,

dit que l'Inde n'a pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le douze avril mil neuf cent soixante, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et dont les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Portugal et au Gouvernement de la République de l'Inde.

Le Président,

(Signé) Helge KLAESTAD.

Le Greffier adjoint,

(Signé) GARNIER-COIGNET.

Le PRÉSIDENT et MM. BASDEVANT, BADAWI, KOJEVNIKOV et SPIROPOULOS, juges, joignent à l'arrêt des déclarations.

M WELLINGTON KOO, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle.

MM. WINIARSKI et BADAWI, juges, joignent à l'arrêt l'exposé commun de leur opinion dissidente. MM. ARMAND-UGON, MORENO QUINTANA et sir Percy SPENDER, juges, et MM. CHAGLA et FERNANDES, juges *ad hoc*, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) H. K.

(Paraphé) G.-C.

DECLARATION BY PRESIDENT KLAESTAD

President Klaestad declares that he concurs in the Judgment subject to one reservation. The Court has held that the question whether Portugal has a right of passage is to be determined on the basis of the legal situation as it existed on the eve of the events of 1954. It seems to him that the time when the Parties filed their final Submissions (October 1959) should have been chosen for this determination. This appears to be in conformity with the written and oral presentations of both Parties as well as with their final Submissions. By limiting itself to the consideration of the legal situation as it existed in July 1954, the Judgment does not solve the whole dispute as it is presented to the Court. In any case, the relevant date for the determination of the legal situation could hardly be fixed at a date earlier than the date of the Application (22 December 1955).

(Signed) Helge KLAESTAD.

DÉCLARATION DE M. KLAESTAD, PRÉSIDENT

[Traduction]

M. Klaestad, Président, déclare se rallier à l'arrêt sous réserve d'un seul point. La Cour a jugé que la question de savoir si le Portugal a un droit de passage doit être tranchée sur la base de la situation juridique existant à la veille des événements de 1954. De l'avis du Président, il semble que c'est l'époque à laquelle les Parties ont déposé leurs conclusions finales (octobre 1959) qui aurait dû être choisie pour trancher cette question. Cela paraît conforme à l'argumentation écrite et orale des deux Parties aussi bien qu'à leurs conclusions finales. En se limitant à l'examen de la situation juridique telle qu'elle existait en juillet 1954, l'arrêt n'a pas résolu l'ensemble du différend tel qu'il a été soumis à la Cour. En tout cas, la date pertinente pour trancher la situation juridique pouvait difficilement être fixée à une date antérieure à celle de la requête (22 décembre 1955).

(Signé) Helge KLAESTAD.

DÉCLARATION DE M. BASDEVANT

J'ai compris le différend soumis à la Cour comme portant essentiellement sur l'opposition de vues entre Parties touchant le caractère licite ou illicite des mesures prises par l'Inde à l'égard du passage entre Damao et les enclaves, le caractère illicite de ces mesures, invoqué par le Portugal, ne pouvant être retenu que s'il est préalablement constaté que le passage constitue pour le Portugal un droit et non le résultat de pratiques bénévoles de la part du souverain des territoires avoisinants : sur ce point aussi s'est affirmée devant la Cour une opposition de vues entre Parties. Le Portugal prétend qu'il a un droit de passage dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et que ce droit a été méconnu par l'Inde en 1954. Il ne m'apparaît pas qu'il ait été demandé à la Cour de statuer sur l'existence de ce droit de passage pour telle ou telle des catégories que la Cour a distinguées.

J'ai pensé, d'autre part, que c'était seulement quand il s'agit de déterminer le caractère licite ou illicite de telle ou telle mesure restrictive du passage que la distinction entre le passage des personnes privées, celui des fonctionnaires civils, celui des forces armées, etc., pouvait apparaître, cela en vue de déterminer si la mesure restrictive est de nature à compromettre l'exercice de la souveraineté du Portugal sur ses enclaves. La même restriction au passage opposée au gouverneur de Damao a une autre portée à cet égard que celle opposée à une personne privée.

La Cour a procédé autrement. Je me suis, en conséquence, plié à la méthode adoptée par elle.

Entrant dans cette voie, j'observe que le Portugal n'a pas donné un caractère absolu au droit de passage par lui revendiqué. En dehors de la limitation à ce qui est nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, le Portugal reconnaît que ce droit est soumis dans son exercice à la réglementation et au contrôle de l'Inde. Je suis d'accord avec l'arrêt pour reconnaître que cette double limitation ne suffit pas à vider le droit revendiqué de sa substance ; en même temps j'estime que la combinaison de ces divers éléments doit conduire à interpréter avec prudence les faits invoqués et à ne pas admettre trop facilement que telle réglementation équivaut à une concession bénévole ou que telle restriction est par là même une atteinte au droit de passage supposé reconnu.

Tout en souscrivant à ce qu'a dit la Cour sur le caractère de décision d'espèce de la décision ici rendue, j'aurais volontiers retenu davantage la constatation que, dans le cas présent, deux souverainetés territoriales, reconnues de part et d'autre, sont en présence.

DECLARATION BY JUDGE BASDEVANT

[Translation]

I have understood the dispute referred to the Court as relating essentially to the conflict of views between the Parties with regard to the lawfulness or unlawfulness of the measures taken by India in respect of passage between Daman and the enclaves, it being possible to hold that those measures were unlawful, as alleged by Portugal, only if it first be found that passage constitutes a right of Portugal and not the result of a practice of accommodation on the part of the sovereign of the neighbouring territories: on this point, too, a conflict of views between the Parties has emerged before the Court. Portugal claims that it has a right of passage to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves and that that right was disregarded by India in 1954. It does not appear to me that the Court has been asked to adjudicate upon the existence of this right of passage in respect of any given categories as between which the Court has made a distinction.

I have moreover felt that it was only in order to determine the lawfulness or unlawfulness of a particular measure restricting passage that the distinction between the passage of private persons, that of civil officials, that of armed forces, etc., could arise, for the purpose of determining whether the restrictive measure was such as to compromise the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves. A restriction of passage applied to the Governor of Daman has in this connection a significance different from that of the same restriction applied to a private person.

The Court has adopted a different course. I have, consequently, acceded to the method which it has adopted.

Following this course, I observe that Portugal has not attributed an absolute character to the right of passage which it claims. Apart from its limitation to that which is necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, Portugal recognizes that the exercise of the right is subject to the regulation and control of India. I agree with the Judgment that that dual limitation is not sufficient to deprive the right claimed of all substance. At the same time I am of opinion that the combination of these various elements must lead us to interpret with prudence the facts relied upon and not too readily to consider a given example of regulation as equivalent to a gratuitous concession or that a given restriction is necessarily an infringement of a right of passage, assuming such a right to be found.

While subscribing to what is said by the Court as to the present decision being one dependent upon the particular facts of the case, I should have been inclined to place more weight upon the fact that in the present case two territorial sovereignties, mutually

Un devoir de respect mutuel s'impose à elles. Le problème est de définir et de préciser au regard des faits critiqués par le Portugal la portée de ce devoir, de le faire pour le cas d'espèce en tenant compte aussi exactement que possible des droits de chacune des Parties, sans exagérer, d'un côté, les besoins de la souveraineté portugaise sur les enclaves ni, de l'autre, ceux de la souveraineté indienne sur le territoire intermédiaire. La conciliation entre les exigences de ces deux souverainetés a été longtemps réalisée, compte tenu des particularités de l'espèce, par la pratique établie entre les Parties. C'est de ce côté que je me suis tourné pour chercher les solutions qui, dans le cas d'espèce, me paraissent les plus conformes aux principes du droit.

Me pliant à la méthode adoptée par la Cour, j'ai dû me prononcer sur les questions par elle retenues. Je l'ai fait tantôt dans le sens adopté par elle, tantôt dans un sens opposé. Je me borne à cette indication sans fournir de plus amples précisions, l'article 57 du Statut m'offrant la faculté, mais ne m'imposant pas l'obligation de préciser davantage la mesure de mon dissentiment.

(Signé) BASDEVANT.

recognized, confront each other. A duty of mutual respect is incumbent upon both. The problem is to define, and to make clear in the light of the facts complained of by Portugal, the scope of that duty, and to do this for the concrete case before the Court, taking into account as accurately as possible the rights of each of the Parties without exaggerating, on the one hand, the requirements of Portuguese sovereignty over the enclaves or, on the other hand, those of Indian sovereignty in the intervening territory. The reconciling of the requirements of these two sovereignties was achieved during a long period, taking into account the particular features of the case, by the practice established between the Parties. It was in that direction that I looked to seek the solutions which, in this particular case, seemed to me those most in accordance with legal principle.

Acceding to the method adopted by the Court, I have had to express my view on the issues which it regards as arising. This I have done, on some points in the sense adopted by the Court, on other points in the contrary sense. I shall confine myself to this indication without going into further detail, Article 57 of the Statute entitling me, but not requiring me, to state in greater detail the extent of my dissent.

(Signed) BASDEVANT.

DÉCLARATION DE M. BADAWI

Le Portugal a constamment soutenu dans les écritures et dans les plaidoiries que les Britanniques et l'Inde à leur suite ont reconnu sa souveraineté sur les enclaves et qu'en fait il n'a jamais eu avant 1954 à se plaindre de la manière dont ils se sont comportés à son égard. S'il y a eu quelques incidents ou divergences de vues entre eux, ils étaient dus à leur pouvoir de contrôle et de réglementation que le Portugal ne pouvait leur contester.

Sur cette question, l'arrêt prend une position intermédiaire. Il considère que les Britanniques, sans reconnaître expressément cette souveraineté, n'auraient jamais mis en question l'autorité exclusive du Portugal sur les enclaves, et qu'ils auraient ainsi reconnu sa souveraineté en fait et par implication et que cette souveraineté fut ensuite tacitement reconnue par l'Inde.

J'estime toutefois qu'en procédant par la constatation que les Britanniques et l'Inde à leur suite ont reconnu la souveraineté du Portugal, on postule la question au lieu de la démontrer.

A mon avis, il faut d'abord examiner et analyser les rapports entre les Britanniques et le Portugal pour ensuite tirer de ces examens et analyser les conclusions appropriées à ce sujet.

A défaut d'une reconnaissance explicite et formelle, il est nécessaire de rechercher si les attributs de la souveraineté ont été en fait reconnus.

Or, on ne peut ne pas admettre qu'outre que les frontières des enclaves se confondant avec le territoire indien, le passage de marchandises entre Damao et les enclaves et entre celles-ci fut généralement traité comme un cas d'importation et d'exportation, le passage de la police, des forces armées et des armes fut toujours, ainsi que l'arrêt le reconnaît, soumis à la nécessité de l'autorisation et partant à la discrétion des Britanniques.

La convention de 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, nonobstant la réciprocité des droits et des obligations des deux Parties dans leurs domaines respectifs sur laquelle elle fut basée, n'a pu même déroger à cette nécessité. L'expiration de cette convention en 1892 n'a évidemment pas accru les droits du Portugal ou changé leur nature.

Dans ces conditions, il serait difficile de concilier une reconnaissance de souveraineté avec l'exercice d'une discrétion qui, en principe, répudie une des conséquences indispensables de cette souveraineté.

Le fait que l'autorisation a toujours été accordée dans le passé n'a aucune portée ou signification juridique. A circonstances égales, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'autorisation soit constamment accordée. Si, avec le changement de circonstances, l'autori-

DECLARATION BY JUDGE BADAWI

[*Translation*]

Portugal has consistently argued in its pleadings and oral arguments that the British and, after them, India recognized its sovereignty over the enclaves, and that before 1954 Portugal had in fact no complaint of the way in which they acted towards it. If there were occasional incidents or differences of opinion between them, these were due to their power of control and regulation which Portugal could not challenge.

On this matter the Judgment takes up a half-way position. It holds that the British, without expressly recognizing that sovereignty, never called in question the exclusive authority of Portugal over the enclaves, that they thus recognized its sovereignty in fact and by implication, and that later that sovereignty was tacitly recognized by India.

In my opinion, however, by proceeding on the basis of a finding that the British and, after them, the Indians recognized the sovereignty of Portugal, the question is postulated instead of being proved.

In my opinion it is necessary in the first place to examine and analyse the relations between the British and Portugal and to draw therefrom the appropriate conclusions in this connection.

In the absence of an explicit and formal recognition, it is necessary to ascertain whether the attributes of sovereignty were in fact recognized.

Now, it cannot but be recognized that, apart from the fact that the frontiers of the enclaves merging with Indian territory, the passage of goods between Daman and the enclaves and between those enclaves was in general treated as a case of import and export, the passage of police, armed forces and arms was always, as the Judgment finds, subject to the necessity of an authorization and was therefore at the discretion of the British.

The Treaty of 1878 between Great Britain and Portugal, notwithstanding its basis in the reciprocal rights and obligations of the two Parties in their respective spheres, could not depart from that necessity. The expiry of this Treaty in 1892 did not of course add to the rights of Portugal or alter their nature.

In these circumstances it would be difficult to reconcile recognition of sovereignty with the exercise of a discretion which, in principle, repudiates one essential consequence of that sovereignty.

The fact that the authorization was always granted in the past has no legal bearing or significance. While the circumstances remain the same, there is nothing surprising in the authorization being regularly granted. Nor is there anything surprising in its being

sation est refusée, il n'y a également rien d'étonnant. C'est l'essence même de l'autorisation qui a à sa base une notion de discrétion.

L'alliance entre la Grande-Bretagne et le Portugal et la garantie par la première de possessions coloniales portugaises ont pu travestir la réalité juridique de leurs rapports en ce qui concerne les enclaves. Il n'en reste pas moins qu'à l'analyse de ces rapports, on devrait reconnaître qu'il n'a rien existé d'autre qu'une situation de fait *sui generis* avec des limites précises.

Toutefois, il est difficile de classer cette situation dans une catégorie de droits reconnaissables en droit international et encore moins dans celle de la souveraineté : admettre la souveraineté du Portugal, ce serait admettre qu'elle pourrait comporter des conséquences juridiques autres que celles reconnues en pratique. Seule cette conclusion devrait suffire à écarter cette notion, puisqu'elle dépasserait la situation de fait que la Cour a reconnue.

Quel que soit l'obscurcissement que le traité d'alliance entre la Grande-Bretagne et le Portugal et la garantie de protection par la première des possessions portugaises ont pu faire naître sur l'étendue des droits du Portugal sur les enclaves, il est évident que ce traité n'a pu créer que des droits et obligations personnels entre le Portugal et la Grande-Bretagne lesquels, évidemment, ne se sont pas transmis au Gouvernement national de l'Inde. Avec le changement de partenaire, la situation serait nécessairement moins favorable au Portugal.

De l'ensemble de ces conditions confuses, il n'est guère étonnant qu'il se soit créé une situation équivoque où le Portugal croyait à un droit réel de souveraineté s'imposant à l'Inde et que celle-ci ne pouvait y voir qu'une simple faculté soumise à son entière discrétion, à exercer dans des conditions fort différentes de celles que le Portugal a connues pendant la période britannique.

(Signé) A. BADAWI.

refused if the circumstances change. It is of the very essence of authorization, which has as its basis the concept of discretion.

The alliance between Great Britain and Portugal and the former's guarantee of Portugal's colonial possessions may have disguised the true legal aspect of their relations, as regards the enclaves. The fact remains that on an analysis of these relations it must be recognized that there existed between them only a factual situation *sui generis* having well-defined limits.

It is however difficult to classify this situation in a category of rights recognizable in international law, and still more difficult to classify it in the category of sovereignty: to admit the sovereignty of Portugal would be to admit that it could involve legal consequences other than those which are recognized in practice. That conclusion should alone suffice to exclude such admission, since it would go beyond the factual situation which the Court has recognized.

However much the alliance between Great Britain and Portugal and the British guarantee to protect Portuguese possessions may have served to obscure the extent of Portugal's rights over the enclaves, it is clear that this treaty could only create personal rights and obligations between Portugal and Great Britain which were obviously not transmitted to the national Government of India. With the change of partner, the situation would necessarily be less favourable to Portugal.

It is hardly surprising that all these confused circumstances should have created an ambiguous situation in which Portugal believed in a genuine right of sovereignty binding upon India, while the latter could see in it merely a right entirely subject to its discretion, to be exercised under very different conditions from those with which Portugal was familiar throughout the British period.

(Signed) A. BADAWI.

DÉCLARATION DE M. KOJEVNIKOV

Le juge F. I. Kojevnikov déclare ne pouvoir se rallier ni aux motifs, ni au dispositif de l'arrêt sur le 1^{er} et le 2^{me} points, car il estime que dans cette affaire la Cour n'est pas compétente d'examiner et de juger le différend au fond.

Vu que la majorité s'est reconnue compétente pour juger cette affaire au fond, le juge F. I. Kojevnikov trouve nécessaire de déclarer qu'il ne peut pas non plus se rallier aux motifs et au dispositif de l'arrêt sur le 3^{me} point, car à son avis le Portugal n'a pas possédé et ne possède pas de droits souverains sur Dadra et Nagar-Aveli, et qu'il n'a pas eu et n'a pas de droit de passage sur territoire indien vers ces régions et de l'une à l'autre.

En conséquence, le juge F. I. Kojevnikov, sans être d'accord avec tous les motifs, ne se rallie à l'arrêt que le sur le 4^{me} point ainsi que sur le 5^{me} point, sans cependant reconnaître au Portugal un droit de passage à travers le territoire indien, y compris pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général.

(Signé) F. I. KOJEVNIKOV.

DECLARATION BY JUDGE KOJEVNIKOV

[Translation]

Judge F. I. Kojevnikov states that he can concur neither in the reasoning nor in the operative part of the Judgment on the first and second points, for he is of opinion that in this case the Court has no jurisdiction to examine and adjudicate upon the merits of the dispute.

Since the majority has found that it has jurisdiction to adjudicate upon the merits of the dispute, Judge F. I. Kojevnikov finds it necessary to state that he is likewise unable to concur in the reasoning or in the operative part of the Judgment on the third point, since, in his opinion, Portugal did not possess, and does not possess any sovereign rights over Dadra and Nagar-Aveli, and since it never had and has not now any right of passage over Indian territory to these regions and between each of them.

Consequently Judge F. I. Kojevnikov, while not being in agreement with all the reasoning, concurs in the Judgment only on the fourth point and on the fifth point, without however recognizing that Portugal has any right of passage over Indian territory in respect of private persons, civil officials and goods in general.

(Signed) F. I. KOJEVNIKOV.

DÉCLARATION DE M. SPIROPOULOS

A notre plus vif regret, nous nous écartons du jugement sur quelques points:

En ce qui concerne la première et la deuxième conclusion du Portugal sur le fond de l'affaire, nous partageons, en principe, l'opinion des juges Armand-Ugon, Wellington Koo et sir Percy Spender.

En ce qui concerne la conclusion du Portugal selon laquelle l'Inde doit mettre fin aux mesures par lesquelles elle s'oppose au droit de passage, nous estimons qu'il faut se ranger au point de vue du Gouvernement de l'Inde, et cela pour les raisons suivantes:

Il est un fait qu'après le départ des autorités portugaises, la population des enclaves a organisé une nouvelle autorité autonome basée sur la volonté de cette population. Le droit de passage supposant la continuation de l'administration des enclaves par les Portugais, l'établissement d'un nouveau pouvoir aux enclaves doit être considéré comme ayant mis fin *ipso facto* au droit de passage.

(Signé) J. SPIROPOULOS.

DECLARATION BY JUDGE SPIROPOULOS

[Translation]

To my very great regret, I differ from the Judgment on some points:

With regard to the first and second submissions of Portugal on the merits of the case, I am in agreement, in principle, with the opinion of Judges Armand-Ugon, Wellington Koo and Sir Percy Spender.

With regard to the submission of Portugal that India must end the measures by which it opposes the exercise of the right of passage, I consider that the point of view of the Government of India must be adopted for the following reasons:

It is a fact that after the departure of the Portuguese authorities, the population of the enclaves set up a new autonomous authority based upon the will of the population. Since the right of passage assumes the continuance of the administration of the enclaves by the Portuguese, the establishment of a new power in the enclaves must be regarded as having *ipso facto* put an end to the right of passage.

(Signed) J. SPIROPOULOS.

SEPARATE OPINION OF JUDGE V. K. WELLINGTON KOO

I agree with the conclusion of the judgment of the Court in recognizing a right of passage for Portugal between Daman and the enclaves and between the enclaves as sanctioned by local custom in respect of private persons, civil officials and goods in general, but I regret to be unable to concur in excluding from the scope or content of this right the passage of Portuguese armed forces, armed police and arms and ammunition. This right admittedly is not an absolute right, since Portugal claims it only to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves and subject to the control and regulation of India. As thus qualified, the right of passage is, in my opinion, applicable to all the six categories.

I

1. Although the Government of British India never expressly recognized passage as a matter of right for any category, in fact such passage was always granted. As a general rule, after the coming into force of the Anglo-Portuguese Treaty of Commerce and Extradition of 26 December 1878, the British authorities required previous authorization for the passage of armed police, military units and arms and ammunition in each case, but in fact the practice of authorizing such passage was more uniform and constant than in the case of private goods. Throughout the 130 years of British rule in India, I am not aware of one single instance in the record before the Court of a Portuguese request for passage of armed police, military persons or units or arms and ammunition between Daman and the enclaves ever having been refused. On the contrary, in respect of ordinary goods there was enforced by the British a prohibition of such transit for certain goods at different times, such as rice, salt, liquor, spirits and ingredients for distilling liquor and spirits, and there was indeed a total prohibition of passage for all goods during the last war.

2. A brief review of the facts would clarify the point.

During the first 60 years of the British period no request for permission for entry of troops or armed police of either Portugal or Great Britain into the territory of the other was required. A practice had been established for such passage on a basis of reciprocity, which fact probably accounts for the paucity of documents relating to the question of passage (Rejoinder, I, p. 181).

It appears, however, that during this period whenever there was a need of passage for armed military personnel it was always granted.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. V. K. WELLINGTON KOO

[Traduction]

Je me rallie à l'arrêt de la Cour en tant qu'il reconnaît au Portugal, entre Damao et les enclaves et entre ces enclaves elles-mêmes, un droit de passage sanctionné par la coutume locale pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, mais je regrette de ne pouvoir me rallier à l'exclusion hors du contenu de ce droit de passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions portugaises. Il est admis que ce droit n'est pas absolu, puisque le Portugal ne le réclame que dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde. Ainsi limité, le droit de passage s'applique à mon avis à toutes les six catégories.

I

1. Bien que le Gouvernement de l'Inde britannique n'ait jamais expressément reconnu le passage en tant que droit pour aucune des catégories, ce passage a toujours été accordé en fait. En règle générale, après l'entrée en vigueur du traité de commerce et d'extradition du 26 décembre 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, les autorités britanniques ont exigé une autorisation préalable pour chaque cas de passage de la police armée, des unités militaires et des armes et munitions, mais en fait la pratique d'autoriser ce passage a été plus uniforme et constante que dans le cas des marchandises privées. Tout au long des cent trente ans de gouvernement britannique en Inde, je n'ai pas connaissance, dans le dossier soumis à la Cour, d'un seul exemple de demande portugaise visant le passage entre Damao et les enclaves de police armée, de militaires, d'unités militaires ou d'armes et munitions qui ait essuyé un refus. Pour les marchandises ordinaires au contraire, les Britanniques ont prohibé à diverses époques le transit de certaines marchandises comme le riz, le sel, l'alcool, les spiritueux et les produits nécessaires à la distillation de l'alcool et des spiritueux; on constate même pendant la dernière guerre une prohibition totale du transit de toutes les marchandises.

2. Un rapide examen des faits éclaircira ce point.

Au cours des soixante premières années de la période britannique aucune demande d'autorisation pour permettre aux soldats ou à la police armée du Portugal ou de la Grande-Bretagne de pénétrer sur le territoire de l'autre pays n'était exigée. Une pratique concernant ce passage s'était établie sur la base de la réciprocité, ce qui explique probablement la rareté des documents se rapportant à la question du passage (duplique, vol. I, p. 181).

Mais il semble que, pendant cette période, toutes les fois que le passage du personnel militaire armé était nécessaire, il était autorisé.

An incident which arose in 1859 was revealing. When two Portuguese sepoy were escorting a Portuguese judge from Daman to Bassein, the British police deprived the sepoys of their bayonets. The Governor-General of Goa protested to the Governor of Bombay on 16 May 1859, stating that the two soldiers were furnished with the necessary passes bearing the Government seal on them, that in the territories of Daman and Goa English soldiers carrying arms were allowed to pass unmolested, and that "it is not to be expected that Portuguese soldiers will be stopped from doing the same within British territories, particularly as there is this additional circumstance connected with Daman, viz. that there are several Portuguese villages situated within the limits of the British territory" (Counter-Memorial, Annex C. No. 39). The Governor of Bombay in his reply stated that "the arms of the two Portuguese soldiers were detained through an inadvertence which this Government regrets and which I hope will not occur again" (*ibid.*, p. 195).

3. On this same subject of troops, Article XVIII, paragraph 3, of the Treaty of Commerce and Extradition of 26 December 1878 provided:

"The armed forces of one of the two High Contracting parties shall not enter the Indian dominions of the other, except for the purposes specified in former Treaties, or for the rendering of mutual assistance as provided for in the present Treaty, or except in consequence of a formal request made by the party desiring such entry to the other."

This provision requiring a formal request for authorization to send troops of one High Contracting Party across the territory of the other had originally been proposed by the Portuguese plenipotentiary and was only inserted in the treaty on his insistence because, as reported by the British plenipotentiary to the Secretary of State for Foreign Affairs, "its insertion or non-insertion might make the whole difference in the chances the (Portuguese) Government had of passing the Treaty itself through the Cortes". The explanation given by the Portuguese representative was that such a provision would enable the Portuguese Government to face the "great opposition on the part of the public" to the "customs union" and the "economic amalgamation of the Portuguese colonies with the system of the British Indian Empire", as provided for in the Treaty (Rejoinder, II, Annex 54).

4. This new practice was continued after the expiration of the treaty in 1892, with permission always granted on application. Thus, for example, one application on 13 January 1915 for passage of eleven soldiers from Daman to Nagar-Aveli (Counter-Memorial, Annex E. No. 25), and another of 22 March 1915 for passage of one soldier from Goa to Nagar-Aveli (*ibid.*, Annex No. 26) were granted without difficulty. During the year 1915, seventy-nine applications were made to the Government of Bombay for permission for Portuguese soldiers to pass through British territory. Between 29 December

Un incident survenu en 1859 est révélateur. Comme deux cipayes escortaient un juge portugais de Damao à Bassein, la police britannique leur retira leurs baïonnettes. Le gouverneur général de Goa protesta auprès du gouverneur de Bombay le 16 mai 1859, déclarant que les deux militaires étaient munis des laissez-passer nécessaires portant le sceau du Gouvernement, que les soldats anglais porteurs d'armes étaient autorisés à passer sur les territoires de Damao et de Goa sans être molestés et ajoutant « on ne doit pas s'attendre à ce que les soldats portugais soient empêchés d'agir de même dans les territoires britanniques, étant donné notamment qu'en outre, à propos de Damao, plusieurs villages portugais reliés à cette ville sont situés dans les limites du territoire britannique » (contre-mémoire, annexe C n° 39). Le gouverneur de Bombay répondit: « les armes des deux soldats portugais ont été retenues par une inadvertance que mon Gouvernement regrette et qui, je l'espère, ne se reproduira pas » (*ibid.*, p. 195).

3. Sur cette question des troupes, le troisième alinéa de l'article XVIII du traité de commerce et d'extradition du 26 décembre 1878 disait:

« La force armée de l'une des Hautes Parties contractantes n'entrera pas dans les possessions indiennes de l'autre, excepté dans les cas spécifiés par des traités antérieurs, ou pour se prêter un mutuel secours comme cela est prévu dans le présent traité, ou lorsqu'une demande formelle en aura été faite par la partie qui désirera cette entrée de l'autre. »

Cette disposition exigeant une demande d'autorisation formelle pour les envois de troupes de l'une des Hautes Parties contractantes sur le territoire de l'autre avait été proposée par le plénipotentiaire portugais et n'avait été insérée dans le traité sur son insistance que, comme l'expose le rapport du plénipotentiaire britannique à son secrétaire d'État aux Affaires étrangères, parce que « de son insertion ou de sa non-insertion pouvaient dépendre entièrement les chances qu'avait le Gouvernement (portugais) de faire adopter le traité par les Cortès ». L'explication donnée par le représentant du Portugal était que cette disposition permettrait au Gouvernement portugais de faire face à la « forte opposition de la part du public » à l'« union douanière » et à « la fusion économique des colonies portugaises avec le système de l'Empire britannique des Indes » prévues dans le traité (duplicque, vol. II, annexe 54).

4. Cette nouvelle pratique continua à être observée après l'expiration du traité survenue en 1892, l'autorisation étant toujours accordée sur demande. C'est ainsi par exemple que furent satisfaites sans difficulté une demande du 13 janvier 1915 pour le passage de onze soldats de Damao à Nagar-Aveli (contre-mémoire, annexe E. n° 25) et une autre du 22 mars 1915 pour le passage d'un soldat de Goa à Nagar-Aveli (*ibid.*, annexe n° 26). Au cours de l'année 1915, le Gouvernement de Bombay reçut soixante-dix-neuf demandes d'autorisation pour le passage de soldats portugais sur le territoire

1916 and 25 August 1917 also seventy-nine applications were made for the same purpose. Apparently, in no instance was permission refused.

5. Earlier, two cases of passage of Portuguese soldiers across British territory, though they do not bear directly on such transit between Daman and the enclaves, are particularly significant in considering the question of a local custom for such passage on the Indian peninsula. On 26 November 1901 the Portuguese Consul-General asked the Governor-General of India for permission to send a detachment of 20 soldiers from Daman by land through Bombay to Goa and requested him to issue "urgently" the necessary orders for the passage. This permission was given two days later in a reply of 28 November 1901 and confirmed on 30 November 1901, adding a request that:

"... on future occasions the date of the proposed movement of such detachments may be stated, and that sufficient notice may be given to enable the orders of the Government to be obtained and instructions to be issued to the local authorities" (Counter-Memorial, Annex C, No. 51).

Again, when there was a rebellion in 1912 against the Portuguese Government in Goa, permission was asked on 5 August 1912 of the Government of Bombay and it was granted by the Government of India the following day, stating that they "have no objection to their proposal to march one officer and sixty men across ten kilometres of British territory", "as a special case". This detachment did not travel as expected. In October of the same year, however, the Portuguese Government at Goa again requested permission to send sixty men in the charge of an officer for about thirty miles across country to the Portuguese border. The reply of the Government of India was again in the affirmative, stating: "In the opinion of His Excellency we should not allow them transport by train, but otherwise there is no objection." The passage of the detachment in question duly took place on the 15th and 16th November of the same year (Counter-Memorial, Annex C, No. 52).

6. The passage of armed police was provided for in Article XVIII, paragraph 2, of the same Treaty of 1878, which states:

"The revenue, magisterial and police authorities of the Indian dominions of the High Contracting Parties shall cordially co-operate with each other for the maintenance, on the common lines of traffic and elsewhere, of perfect security of persons and property; and in the pursuit of criminals and persons engaged in smuggling and contraband practices, the said authorities of the one High Contracting Party may cross the frontier and enter the dominions of the other High Contracting Party; Provided that in such dominions they shall act in accordance with the local laws and the provisions of this Treaty" (Counter-Memorial, Annex No. 40).

britannique. Soixante-dix-neuf demandes analogues furent présentées entre le 29 décembre 1916 et le 25 août 1917. L'autorisation ne fut apparemment jamais refusée.

5. Antérieurement, deux cas de passage de soldats portugais sur territoire britannique, s'ils sont sans rapport direct avec le transit entre Damao et les enclaves, n'en revêtent pas moins une importance particulière quant à la question d'une coutume locale en matière de passage dans la péninsule indienne. Le 26 novembre 1901, le consul général du Portugal a demandé au gouverneur général de l'Inde l'autorisation de faire passer par voie de terre de Damao à Goa via Bombay un détachement de vingt soldats en le priant de donner d'« urgence » les ordres nécessaires à ce passage. L'autorisation a été donnée deux jours plus tard dans une réponse du 28 novembre 1901 et confirmée le 30 novembre, par une lettre demandant en outre :

« ... à l'avenir de bien vouloir indiquer la date du transport proposé de ces détachements et de l'annoncer assez tôt pour laisser le temps d'obtenir les ordres du Gouvernement et de donner des instructions aux autorités locales » (contre-mémoire, annexe C. n° 51).

De même en 1912, lorsqu'une rébellion a éclaté contre le Gouvernement portugais à Goa, une autorisation a été demandée le 5 août 1912 au Gouvernement de Bombay et elle a été accordée le lendemain par le Gouvernement de l'Inde qui a déclaré qu'il ne s'opposait « nullement à la proposition de faire passer un officier et soixante hommes sur dix kilomètres de territoire britannique ... à titre spécial ». Ce détachement n'a pas fait le mouvement prévu. Mais en octobre de la même année le Gouvernement portugais de Goa a sollicité à nouveau l'autorisation de faire passer soixante hommes sous les ordres d'un officier sur environ cinquante kilomètres jusqu'à la frontière portugaise. La réponse du Gouvernement de l'Inde a été une fois de plus affirmative : « Son Exc. estime que nous ne devrions pas accorder le transport en train, mais qu'autrement il n'y a pas d'objection. » Le passage du détachement en question a bien eu lieu les 15 et 16 novembre de cette même année (contre-mémoire, annexe C. n° 52).

6. Le passage de la police armée était prévu au deuxième alinéa de l'article XVIII du même traité de 1878, qui dispose :

« Les autorités fiscales, judiciaires et de police des possessions indiennes des Hautes Parties contractantes coopéreront cordialement pour maintenir, dans les lignes de trafic commun et ailleurs, la parfaite sécurité des personnes et des propriétés; et, dans la poursuite de criminels et de personnes se livrant à la contrebande, lesdites autorités de l'une des Hautes Parties contractantes pourront traverser la frontière et entrer dans les États de l'autre Haute Partie contractante, pourvu que dans ces États elles agissent en conformité avec les lois locales et les stipulations du présent traité » (contre-mémoire, annexe n° 40).

This provision relating to the passage of armed police and other authorities was evidently based upon the practice which had already been established during the years preceding the conclusion of the Treaty of 1878. Previous authorization was not expressly stipulated in the Treaty as necessary, nor was it always required, in practice, for such passage, as will be indicated later.

7. When the Treaty of 1878 expired in 1892, the reciprocal arrangement for passage of armed police continued in practice. By an arrangement of 1913 parties of Portuguese armed police were allowed "to travel across intervening British territory when it is necessary for them to do so in journeying from one part of Portuguese India to another, provided that previous intimation (not previous authorization) is given to the local authorities" (Counter-Memorial, Annex C. No. 53). By an agreement of 1920 armed police, as well as unarmed police of one party in actual pursuit of an offender, may continue the pursuit uninterrupted in the territory of the other. It also provided that armed police below a certain rank should not enter the territory of the other party without consent previously obtained. Apparently this restriction did not apply to those above that rank. Under an agreement of 1940, passage of Portuguese armed police over the Daman-Silvassa (Nagar-Aveli) road was free provided that the party did not exceed ten in number and that intimation of the passage was given to the British authorities within twenty-four hours of the passage. For any such party of more than ten in number travelling over the road it was necessary to obtain the concurrence of the British authorities, as heretofore, by prior notice.

8. In respect of the requirement of permission for passage of Portuguese troops and armed police over intervening British territory, it is useful to note what the practice in fact was. When the Governor-General of Portuguese India stated in a letter of 22 December 1890 to the Governor of Bombay that "Portuguese troops never cross British territory without previous permission", an investigation was ordered by the British authorities and the District Police Inspector of the Balsa Division reported on 28 February 1891 that "on a number of occasions Portuguese armed men had passed through British territory without permission", adding that "British police sometimes went armed into Portuguese territory, and were not subjected to any interference". He recommended that this state of affairs be allowed to continue. The Commissioner of the Northern District and the District Magistrate of Surat concurred in the view that this reciprocal understanding should be maintained. Accordingly, in reply to the Governor-General of Portuguese India, the Secretary to the Government of Bombay, after stating that an investigation found several instances of troops (Portuguese) escorting treasure from Daman to the railway station, taking a prisoner to Wapi from Daman, proceeding through British villages

Cette disposition visant le passage de la police armée et d'autres autorités se fondait évidemment sur la pratique déjà établie au cours des années ayant précédé la conclusion du traité de 1878. Le traité n'énonce pas expressément la nécessité de l'autorisation préalable et, comme on l'indiquera plus loin, celle-ci n'était pas toujours requise en pratique en vue du passage.

7. Quand le traité de 1878 prit fin en 1892, l'accord réciproque pour le passage de la police armée continua en pratique. Par un arrangement de 1913, les détachements de police portugaise armés étaient autorisés à « traverser le territoire britannique intermédiaire quand il leur est nécessaire de le faire pour se rendre d'une région de l'Inde portugaise à une autre, pourvu que les autorités locales en aient reçu notification préalable » (il ne s'agit pas d'autorisation préalable) (contre-mémoire, annexe C. n° 53). Par un accord de 1920 la police, armée ou non, de l'une des parties poursuivant effectivement un délinquant pouvait continuer la poursuite sur le territoire de l'autre sans être interrompue. L'accord disposait également qu'au-dessous d'un certain rang les policiers armés ne devaient pas pénétrer sur le territoire de l'autre partie sans consentement préalable. Cette restriction ne s'appliquait apparemment pas aux agents d'un rang plus élevé. Aux termes d'un accord de 1940, le passage des policiers portugais armés sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli) était libre à condition qu'il ne se fit pas en groupes de plus de dix personnes et que leur passage fût signalé aux autorités britanniques dans les vingt-quatre heures suivant ce passage. Pour les groupes de plus de dix agents circulant sur ladite route, il était nécessaire d'obtenir comme auparavant l'assentiment des autorités britanniques par voie de notification préalable.

8. Au sujet de l'autorisation exigée pour le passage des troupes et de la police armée portugaises sur le territoire britannique intermédiaire, il est utile de voir quelle était en fait la pratique. Lorsque le gouverneur général de l'Inde portugaise déclara dans une lettre du 22 décembre 1890 au gouverneur de Bombay: « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable », les autorités britanniques ordonnèrent une enquête et le *District Police Inspector* de la division de Bulsar rapporta le 28 février 1891 « qu'à plusieurs reprises les forces armées portugaises avaient traversé le territoire britannique sans autorisation », ajoutant « que la police britannique entraînait parfois en armes sur le territoire portugais sans que personne ne s'y opposât ». Il recommandait le maintien de cet état de choses. Le *Commander of the Northern District* et le *District Magistrate* de Surat estimaient également que cette entente réciproque devait être maintenue. En conséquence, le secrétaire du Gouvernement de Bombay, après avoir déclaré dans sa réponse au gouverneur général de l'Inde portugaise que l'enquête avait révélé plusieurs cas de troupes (portugaises) escortant un envoi de fonds de Damao à la station de chemin de fer, transférant un prisonnier de Damao à Vapi, se ren-

from Daman to Dadra and back again, or again going from Ambli to Dadra, without any application or notice to the local authorities, and remarking that "these instances have doubtless not been reported to H.E. the Governor-General, and under the rule which he has laid down it would seem that notice of such transit should have been made to the District Magistrate of Surat", concludes:

"At the same time I am directed to observe that this Government has no reason to suppose that the parties or persons, who have passed armed through these strips of British territory, have not conducted themselves with perfect propriety; and the G. in C. has given orders that, in the absence of any special reason, they should not be interfered with. If such movements or transfers can be anticipated doubtless the Portuguese authorities on the spot will prevent the risk of any delay or of any further correspondence by adhering to the rule mentioned in H.E. letter 'that Portuguese troops never cross Br. territory without previous permission'. But as already stated by me the Dist. Mag. at Surat has been informed that this Government does not wish any interference exercised in the circumstances now reported." (Rejoinder, II. pp. 223-224.)

9. It is thus evident that for the passage of Portuguese troops on the Daman-Silvassa (Nagar-Aveli) road, previous authorization was not always required, in practice, notwithstanding the provisions of Article XVIII of the Treaty of 1878 to the contrary.

10. On the question of the passage of Portuguese armed police, reference has been made above to the agreement of 1940. The origin of this agreement and the discussions leading to its conclusion also appear significant in ascertaining the practice which prevailed and the considerations which lay behind it. Following an incident relating to the arrest of a German missionary in April, 1940, by a British force in British territory consisting of three unarmed military men and four armed men, on a bus going from Silvassa (Nagar-Aveli) to Daman, the Government of Portuguese India suggested:

"the possibility of coming to an understanding with the Government of Bombay, by which on this road, and only on this road, owing to its special nature, armed police forces of both the Governments may travel freely, independently of any previous authorization". (Counter-Memorial, II pp. 322-323.)

Before taking a decision on the proposal and replying to the Government of Portuguese India, the Government of Bombay consulted the various British authorities concerned. At first it was thought that

dant de Damao à Dadra et retour par des villages britanniques, ou encore d'Ambli à Dadra, sans présenter de demande ni de notification aux autorités locales, et après avoir observé « il n'est pas douteux que ces cas n'ont pas été portés à la connaissance de S. Exc. le gouverneur général, et selon la règle qu'il a fixée il semble que de tels passages auraient dû être signalés au *District Magistrate* de Surat », concluait en ces termes :

« En même temps je suis chargé de faire observer que ce Gouvernement n'a aucune raison de supposer que les détachements ou les personnes qui ont traversé en armes ces portions du territoire britannique ne se soient pas conduits avec une absolue correction, et le gouverneur en conseil a donné l'ordre de ne pas entraver leurs déplacements sans motif particulier. Si de tels mouvements ou transferts peuvent être prévus à l'avance, il ne fait aucun doute que les autorités locales portugaises éviteront de s'exposer à des retards ou d'avoir à engager une nouvelle correspondance en se conformant à la règle dont fait état la lettre de S. Exc. aux termes de laquelle « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable ». Mais, comme je l'ai déjà indiqué, le *District Magistrate* de Surat a été informé que ce Gouvernement ne veut pas qu'il soit apporté la moindre entrave dans les circonstances dont il est fait état. » (Duplique, vol. II, pp. 22.

9. Il est donc évident que, pour le passage de troupes portugaises sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli), la demande d'autorisation préalable n'était pas toujours exigée dans la pratique, non-obstant les dispositions contraires de l'article XVIII du traité de 1878.

10. Pour la question du passage de la police armée portugaise, on a fait état plus haut de l'accord de 1940. L'origine de cet accord et les négociations qui ont abouti à sa conclusion paraissent également révélatrices lorsqu'il s'agit de démontrer la pratique qui a prévalu et les considérations qui ont conduit à l'adopter. A la suite d'un incident relatif à l'arrestation, en avril 1940, d'un missionnaire allemand en territoire britannique par un détachement britannique composé de trois hommes non armés et de quatre hommes armés, dans un autocar allant de Silvassa (Nagar-Aveli) à Damao, le Gouvernement de l'Inde portugaise a suggéré :

« la possibilité de conclure avec le Gouvernement de Bombay un accord en vertu duquel, sur cette route et seulement sur cette route, à raison de son caractère particulier, il serait permis à des forces de police armée des deux Gouvernements de circuler librement, indépendamment de toute autorisation préalable ». (Contre-mémoire, vol. II, pp. 322-323.)

Avant de se prononcer sur cette proposition et de répondre au Gouvernement de l'Inde portugaise, le Gouvernement de Bombay a consulté les diverses autorités britanniques intéressées. On a d'abord formulé le point de vue suivant :

"in view of the reasons stated by the Government of Port. India, there seems *prima facie* no objection to agree to the understanding which the Govt. of Port. India have proposed".

But some considered it

"desirable to have some sort of control or check over the movements of armed police forces. G.R., P.D. No. 4540 of 30.7.1913 (requiring previous notice of passage) is one way of securing this. The question is not one of mere administrative detail. If a general permission is to be given, it may have to be coupled with some restrictions, e.g. as to number, purpose, etc."

The Political and Services Department of the Government of Bombay then recommended acceptance of the proposal,

"subject to the understanding that the number of the armed policemen of the Port. Govt./Br. Govt allowed to traverse through the British portion-Port. portion of the Daman-Silvassa road should be restricted to the actual requirements in each case and that intimation of the march of the armed police forces through the territories of the Port. Govt Br. Govt should be given to the local authorities by the Br. Govt Port. Govt as soon as possible after the march takes place".

In the opinion of others consulted, "this would not achieve the object" and the "distrust" was shared by another who thought "that without check and control of a fairly easily exercisable type, the procedure is fraught with danger". Hence the precisely worded formula which, finally suggested by the Commissioner of the Northern District, was incorporated in the agreement of 1940.

11. Thus it appears clear from the foregoing review of the facts that during the first sixty years of the British period, the prevailing practice of allowing passage of troops and armed police of one country through the intervening territory of the other was based upon reciprocity and it had already developed into a local custom. While military units thus travelling must be in possession of passes issued by their own Government, this requirement does not appear to have applied to armed police on duty. However, no previous authorization for either category of passage was necessary.

Even during the period when the Treaty of 1878 was in force, though Article XVIII of it expressly provided for the requirement of a formal request and permission for entry of the troops of one High Contracting Party into the territory of the other, Portuguese armed forces on a number of occasions, as indicated by the Government of Bombay in its reply to the letter of 22 December 1890 of

« Compte tenu des motifs invoqués par le Gouvernement de l'Inde portugaise, il ne semble pas qu'il y ait à première vue d'objection à accepter l'accord qu'a proposé le Gouvernement de l'Inde portugaise. »

D'aucuns ont cependant jugé :

« souhaitable d'imposer un certain contrôle ou une certaine réglementation aux mouvements de la police armée. Le G. R., P. D. n° 4540 en date du 30.7.1913 (exigeant la notification préalable du passage) en fournit le moyen. Il ne s'agit pas seulement d'un simple détail d'ordre administratif. Si l'on doit accorder une autorisation de caractère général, il peut y avoir lieu de l'assortir de certaines restrictions, relatives par exemple au nombre, à l'objet, etc. »

Le *Political and Services Department* du Gouvernement de Bombay a par la suite recommandé l'acceptation de cette proposition,

« étant entendu que les effectifs de la police armée du Gouvernement portugais ou du Gouvernement britannique autorisés à traverser le tronçon britannique ou le tronçon portugais de la route de Damão à Silvassa respectivement seront limités aux besoins réels dans chaque cas, et que notification du passage des forces de police armée dans les territoires du Gouvernement portugais ou du Gouvernement britannique sera donnée aux autorités locales par le Gouvernement britannique ou le Gouvernement portugais respectivement dès que possible après l'exécution de ce déplacement ».

Selon d'autres avis, « cela ne répondrait pas à l'objectif poursuivi » et ce « scepticisme » était partagé d'autre part car, « sans une réglementation et un contrôle qui soient assez faciles à exercer, cette procédure est pleine de risques ». D'où la formule libellée en termes précis finalement suggérée par le *Commissioner of the Northern District*, qui a été incorporée dans l'accord de 1940.

11. L'examen des faits auxquels l'on vient de procéder montre donc clairement que, pendant les soixante premières années de la période britannique, la pratique qui a prévalu d'autoriser le passage des troupes et de la police armée d'un pays dans le territoire intermédiaire de l'autre était fondée sur le principe de la réciprocité et avait d'ores et déjà donné naissance à une coutume locale. Alors que les effectifs militaires se déplaçant dans ces conditions devaient détenir des laissez-passer délivrés par leur propre Gouvernement, il ne semble pas que cette exigence se soit appliquée à la police armée dans l'exercice de ses fonctions. En revanche, pour aucune de ces deux catégories il n'était nécessaire de solliciter une autorisation préalable de passage.

Même au cours de la période pendant laquelle le traité de 1878 a été en vigueur, bien que l'article XVIII dudit traité prévoit expressément la nécessité de demander formellement et d'obtenir une autorisation pour l'entrée des troupes de l'une des Hautes Parties contractantes dans le territoire de l'autre partie, les forces de police armée portugaises, en un certain nombre d'occasions, comme l'a

the Governor-General of Portuguese India, travelled on duty across British territory without having applied for and obtained previous authorization, especially on the Damam-Silvassa (Nagar-Aveli) road. What appears even more significant is the fact, as cited above, that the British authorities expressed their preference for the continuance of this practice of non-interference with such passages, obviously in recognition of the necessity for them as well as out of consideration for their own convenience on the reciprocal basis.

12. There is nothing in the record to show that this practice underwent any significant change after the lapse of the Treaty of 1878. The agreements of 1913, 1920 and 1940, while in one of them the requirement of previous authorization for the passage of armed forces was reaffirmed, formalized this customary practice with more precision as regards the passage of Portuguese armed police through intervening British territory.

13. During the post-British period, up to 1954, this practice was apparently also respected by India.

14. As regards arms and ammunition, etc., Section 17 of Act XXXI of 1860 required, for their importation into British territory, a licence from the Governor-General of India in Council, or from some officer authorized on his behalf by the Governor-General of India in Council. This Act was replaced by the Indian Arms Act of 1878 (Counter-Memorial, Annex C. No. 59). Section 6 provides that no person shall bring or take by sea or land into or out of British India any arms, ammunition or military stores except under a licence (with exceptions not relevant here). Section 10 empowers the Governor-General in Council to regulate or prohibit the transport of any description of arms, ammunitions or military stores. The Indian Arms Rules of 1879 (*ibid.*, No. 60) provides for the issue of licences for the import and export of arms, ammunition and military stores. In 1880, the Governor-General in Council added Rule 7 A to these Rules (*ibid.*, No. 60). Rule 7 A (a) provides that nothing in the Rules should be deemed to authorize the grant of a licence to import arms, ammunition or military stores from Portuguese India. Rule 7 A (b) provides that nothing in the Rules should be deemed to authorize the grant of a licence to export to Portuguese India any arms, ammunition or military stores, unless they were exported for the exclusive use of, or covered by a special import licence issued by, the Government of Portuguese India. This Rule 7 A (b) was made to conform to paragraph 4 of Article XVIII of the Treaty of 1878, one provision of which reads:

“The exportation of arms, ammunition or military stores from the Indian dominions of one of the High Contracting Parties into

indiqué le Gouvernement de Bombay dans sa réponse à la lettre du gouverneur général de l'Inde portugaise en date du 22 décembre 1890, ont traversé le territoire britannique dans l'exercice de leurs fonctions sans en avoir demandé et obtenu l'autorisation préalable, notamment sur la route de Damão à Silvassa (Nagar-Aveli). Plus significatif encore est le fait cité plus haut que les autorités britanniques ont déclaré préférer continuer à observer la pratique consistant à ne pas entraver ce passage en reconnaissant évidemment la nécessité pour eux-mêmes et cédant à des considérations de commodité personnelle sur la base de la réciprocité.

12. Aucun élément du dossier ne montre que cette pratique ait subi aucune modification importante après que le traité de 1878 eut pris fin. Les accords de 1913, 1920 et 1940, tandis que l'un d'entre eux réaffirmait la nécessité d'une autorisation préalable pour le passage des forces armées, ont formulé cette pratique coutumière avec davantage de précision pour le passage de la police armée portugaise sur le territoire britannique intermédiaire.

13. Au cours de la période post-britannique, jusqu'en 1954, il semble que l'Inde ait également respecté cette pratique.

14. Pour les armes et les munitions, etc., l'article 17 de l'*Act XXXI* de 1860 exigeait pour l'importation en territoire britannique une licence accordée soit par le gouverneur général de l'Inde en conseil soit par un fonctionnaire autorisé à cet effet par le gouverneur général en conseil. Cet *Act* a été remplacé par l'*Indian Arms Act* de 1878 (contre-mémoire, annexe C. n° 59). L'article 6 dispose que nul ne transportera par terre ou par mer à destination ou en provenance du territoire britannique des armes, des munitions ou des fournitures militaires s'il ne justifie d'une licence (sous certaines exceptions non pertinentes ici). L'article 10 habilite le gouverneur général en conseil à réglementer ou interdire le transport de toutes armes, munitions ou fournitures militaires. Les *Indian Arms Rules* de 1879 (*ibid.*, n° 60) fixent les dispositions relatives à la délivrance de licences pour l'importation et l'exportation des armes, des munitions et des fournitures militaires. En 1880, le gouverneur général en conseil y a ajouté la règle 7 A (*ibid.*, n° 60). Cette règle dispose à l'alinéa a) que rien dans les *Rules* ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences en vue d'importer des armes, munitions ou fournitures militaires provenant de l'Inde portugaise; à l'alinéa b), que rien dans les *Rules* ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences en vue d'exporter à destination de l'Inde portugaise des armes, munitions ou fournitures militaires, à moins qu'elles ne soient exportées pour l'usage exclusif du Gouvernement de l'Inde portugaise ou qu'elles ne fassent l'objet d'une licence spéciale d'importation délivrée par le Gouvernement de l'Inde portugaise. La règle 7 A b) était conforme au quatrième alinéa de l'article XVIII du traité de 1878, qui disposait :

« L'exportation d'armes, de munitions ou fournitures militaires des possessions de l'une des Hautes Parties contractantes dans

those of the other shall not be permitted, except with the consent of, and under rules approved of by, the latter. The Government of British India and Portuguese India shall co-operate to enforce all such rules as are herein contemplated."

Although Rule 7 A (b) was repealed in 1895 after the Treaty of 1878 lapsed, Rule 7 A (a) remained in force and was re-enacted in new Rules in 1909 and in subsequent re-enactments (*ibid.*, No. 66).

15. But the significant point to note is that the effect of this Rule 7 A (a) was merely to make it necessary to address applications not to the Government of Bombay, which could grant a licence only for the export of arms and ammunition, but, as was the case under the Act XXXI of 1860 referred to above, to the Government of India, which alone could sanction importation of arms and ammunition from Portuguese India. Thus, when applications for authorization to transport arms and ammunition, whether they were from Daman to Nagar-Aveli, or from Goa to Nagar-Aveli, or from Nagar-Aveli to Goa, were so addressed, the requested authorization was always granted by the Government of India, regardless of whether the articles consisted of rifles or bandoliers, or "certain rifles and cartridges", or "certain guns and cartridges". For example, such applications were granted on 28 November 1898, and again on 28 January 1915 and 1 October 1917 (Counter-Memorial, Annex C, Nos. 64 and 65). Applications made on 11 January 1939 for free transit for three muskets being sent from Nagar-Aveli to Daman and three others to be sent from Daman to Nagar-Aveli (Counter-Memorial, Annex E, No. 40) and on 24 March 1939 for eight muskets with 400 cartridges and one revolver with 50 cartridges (*ibid.*, Annex No. 41), and on 17 April 1940 for free transit for 52,000 cartridges to be sent from Daman to Nagar-Aveli (*ibid.*, No. 42), were likewise all granted.

16. The conclusion to be drawn from the practice of the British authorities in regard to Portuguese arms and ammunition is that while their importation into British territory was nominally subject to the strict provisions of the Arms Act and Arms Rules for general application, special dispensation was always granted by the Government of India which was alone competent to authorize it. This was a natural and understandable practice, for the passage of arms and ammunition, like that of troops, was a matter of greater importance to the territorial sovereign in consideration of security than the passage of goods and civil officials, and therefore required more effective control. But the need of troops and arms and ammunition, whenever it arose, was also more imperative for the exercise of her sovereignty by Portugal over the enclaves and obviously this factor was fully realized by the British authorities. In order to obviate misinterpretation of the general provisions of the Arms Act and the Arms Rules, particularly Rule 7 A (a), and consequent

celles de l'autre ne sera point permise, excepté avec le consentement de cette dernière et sous les règlements approuvés par elle. Les Gouvernements de l'Inde britannique et de l'Inde portugaise s'uniront pour appliquer les règlements traités dans cet article. »

Bien que la règle 7 A b) ait été abrogée en 1895 après que le traité de 1878 fut venu à son terme, la règle 7 A a) est demeurée en vigueur et a été maintenue dans les nouvelles *Rules* promulguées en 1909 ainsi que dans leurs remises en vigueur successives (*ibid.*, n° 66).

15. Mais le point intéressant à noter est que cette règle 7 A a) se bornait à imposer que les demandes soient adressées non pas au Gouvernement de Bombay, qui ne pouvait accorder de licences que pour l'exportation d'armes et de munitions, mais, comme le disposait l'*Act XXXI* de 1860 susmentionné, au Gouvernement de l'Inde qui seul pouvait autoriser l'importation d'armes et de munitions en provenance de l'Inde portugaise. Ainsi, lorsque les demandes d'autorisation de transporter des armes et des munitions, qu'il s'agît d'un transit de Damao à Nagar-Aveli ou de Goa à Nagar-Aveli ou de Nagar-Aveli à Goa, étaient ainsi adressées, les autorisations demandées étaient toujours accordées par le Gouvernement de l'Inde, quels que fussent les articles: fusils ou cartouchières, « certains types de fusils et de cartouches ». Des demandes de ce genre ont été satisfaites le 28 novembre 1898, puis à nouveau le 28 janvier 1915 et le 1^{er} octobre 1917 (contre-mémoire, annexe C. nos 64 et 65). Les demandes de libre transit faites le 11 janvier 1939 pour trois mousquets envoyés de Nagar-Aveli à Damao et trois autres envoyés de Damao à Nagar-Aveli (contre-mémoire, annexe E. n° 40), le 24 mars 1939 pour huit mousquets avec quatre cents cartouches et un revolver avec cinquante cartouches (*ibid.*, annexe n° 41) et le 17 avril 1940 pour le passage de cinquante-deux mille cartouches envoyées de Damao à Nagar-Aveli (*ibid.*, n° 42) ont été également satisfaites.

16. La conclusion à tirer de la pratique des autorités britanniques à l'égard des armes et munitions portugaises est la suivante: si leur importation en territoire britannique était nominalement soumise aux strictes dispositions des *Arms Act* et *Arms Rules* quant à leur application générale, des dispenses spéciales étaient toujours accordées par le Gouvernement de l'Inde, seul compétent pour les autoriser. Pratique à la fois naturelle et compréhensible, car le passage des armes et munitions, comme celui des troupes, revêtait plus d'importance pour le souverain territorial du point de vue de la sécurité que le passage des marchandises et des fonctionnaires civils et, par conséquent, nécessitait un contrôle plus effectif. Mais lorsqu'elle se présentait pour le Portugal, la nécessité de disposer de troupes, d'armes et de munitions était à son tour plus impérieuse puisqu'il s'agissait d'assurer l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, et les autorités britanniques étaient pleinement conscientes évidemment de l'importance de ce facteur. Afin de prévenir toute

controversy and incidents with Portugal, the grant of authorization for such passage between Portuguese possessions in India, including that between Daman and the enclaves, was controlled and regulated directly by the Government of India instead of by the British local authorities. The fact that no application in the record for such passage over British territory to the Portuguese enclaves from Daman or from the enclaves to another part of Portuguese territory in the Indian peninsula was ever refused, clearly indicates, in my view, British recognition of the special situation involved in regard to the enclaves.

17. The Government of the Union of India respected and continued this practice up till 1954.

18. From the foregoing account of the British and Indian practice in regulating the passage of troops, armed police, and arms and ammunition from one Portuguese possession to another across intervening British and later Indian territory, it appears clear that such passage took place constantly and without difficulty, just as in the case of private persons, civil officials and ordinary goods. In fact, as pointed out above, the practice of authorizing passage of arms and ammunition was even more uniform and constant than in the case of ordinary goods.

19. The requirement of an application to, and a permission by, the British authorities for the passage of troops and arms and ammunition in each case only meant, in my view, a stricter measure of control and regulation and did not necessarily signify that the British considered themselves as warranted to refuse it at will and did not regard Portugal as entitled to effect such passage. The degree of control must naturally vary according to the nature of the passage desired. The relatively simpler and less formal procedure adopted for the passage of Portuguese armed police, under the various agreements referred to above for "control of a fairly easily exercisable type" in the words of the British authorities cited above, appears clearly to confirm this view.

For between the different categories of passage, as for example between civil officials and armed forces or armed police and between ordinary goods and arms or ammunition, the difference in the procedure of allowing passage between Daman and the enclaves was a matter of degree in the policy of control and regulation rather than intended to establish a distinction between what was considered warranted by local custom and what was not so warranted. The uniformity and constancy of the practice of granting passage to armed forces, armed police and arms and ammunition was, indeed, more marked than, for example, in the case of ordinary goods as

interprétation défectueuse des dispositions générales des *Arms Act* et *Arms Rules*, et notamment de la règle 7 A a), et d'obvier à toute controverse et à tout incident avec le Portugal qui risqueraient d'en découler, la délivrance des autorisations relatives au passage entre les possessions portugaises en Inde, y compris entre Damao et les enclaves, était contrôlée et réglementée directement par le Gouvernement de l'Inde et non par les autorités britanniques locales. Le fait qu'on ne relève au dossier aucun cas de refus de demande de passage sur territoire britannique entre Damao et les enclaves portugaises ou entre ces enclaves et toute autre partie des possessions portugaises dans la péninsule de l'Inde montre clairement, à mon avis, que les Britanniques reconnaissaient la situation particulière relative aux enclaves.

17. Le Gouvernement de l'Union indienne a respecté et continué à observer cette pratique jusqu'en 1954.

18. Ce qui vient d'être dit de la pratique britannique et indienne relative au règlement du passage des troupes, de la police armée, des armes et des munitions d'une possession portugaise à une autre à travers le territoire intermédiaire britannique et ultérieurement indien montre clairement que ce passage s'effectuait constamment et sans difficulté, tout comme dans le cas des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires. En fait, comme on l'a déjà souligné, la pratique consistant à autoriser le passage des armes et des munitions revêtait même un caractère encore plus uniforme et constant que dans le cas des marchandises ordinaires.

19. La nécessité de demander et d'obtenir l'autorisation des autorités britanniques pour le passage des troupes, des armes et des munitions à chaque occasion ne représentait, à mon avis, qu'une mesure plus stricte de contrôle et de réglementation et ne signifiait pas nécessairement que les Britanniques jugeaient pouvoir refuser cette autorisation à leur gré et ne considéraient pas le Portugal comme habilité à exercer le passage. Le degré de contrôle devait naturellement varier en fonction de la nature du passage demandé. La procédure relativement plus simple et moins formelle adoptée pour le passage de la police armée portugaise, en vertu des divers accords dont on a fait état plus haut, et permettant un « contrôle assez facile à exercer », pour reprendre les termes déjà cités des autorités britanniques, semble nettement confirmer ce point de vue.

En effet, pour les différentes catégories considérées, par exemple pour les fonctionnaires civils par opposition aux forces armées ou à la police armée et pour les marchandises ordinaires par opposition aux armes ou aux munitions, la différence caractérisant la procédure d'autorisation du passage entre Damao et les enclaves n'était qu'une question de degré dans la politique de contrôle et de réglementation appliquée et n'était pas destinée à établir une distinction entre ce que la coutume locale aurait justifié ou non. Le caractère uniforme et constant de la pratique consistant à accorder le passage pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions

seen earlier. Nor was there, it appears to me, any evidence of less consciousness on the part of the British authorities of an obligation, *opinio juris sive necessitatis*, in regard to these three categories of passage than in regard to those of private persons, Portuguese civil officials and ordinary goods. In my view there was implicit recognition on the part of the British authorities of a local custom for permitting passage between Daman and the enclaves of all the six categories of persons and goods, without any legal distinction but all subject, if necessary, to the control and regulation of the intervening territorial State.

20. The right of passage, as claimed and defined by Portugal, has two concurrent features. Its content is to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, and its exercise is, at the same time, subject to the control and regulation of India in so far as the passage takes place over the intervening Indian territory. These two elements are inherent in the principle of territorial sovereignty from which flows the right of passage on the one hand and the right of control and regulation on the other. It means that with the right on each side there also exists an obligation -that of India to accord passage and that of Portugal to respect the rules of procedure respecting the application for, and grant of, passage. In other words, the rights and obligations of both sides are concomitant and correlative. But they are reconcilable with each other in the light of how the problem was successfully dealt with in the past -in the long period before 1954; that is, on the basis of the local custom which had crystallized from the constant and uniform practice of both the British and Indian authorities before that year.

It appears clear to me that the basic element in the policy of control and regulation of passage by the intervening territorial State in the past was consideration in good faith of its own national interest. Where there was possible prejudice to such interest, passage was restricted or prohibited as was the case in regard to ordinary goods. But where there was no likelihood of such prejudice, passage was readily granted even in regard to armed forces, armed police, and arms and ammunition, as has been shown above. This element of interest was the common denominator in the policy of control and regulation applied to all categories of passage, whatever variations there were in the procedure adopted for granting it.

était, en vérité, plus marqué que, par exemple, dans le cas des marchandises ordinaires, comme on l'a déjà vu précédemment. A mon sens, rien ne permet non plus de conclure que les autorités britanniques aient eu moins conscience d'une obligation de leur part, *opinio juris sive necessitatis*, pour ces trois catégories que pour le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais et des marchandises ordinaires. A mon avis, il y a eu reconnaissance implicite par les autorités britanniques d'une coutume locale consistant à autoriser le passage entre Damao et les enclaves de chacune des six catégories considérées de personnes et de marchandises, sans qu'elles fassent l'objet d'aucune distinction d'ordre juridique, mais toutes étant soumises, le cas échéant, au contrôle et à la réglementation de l'État souverain du territoire intermédiaire.

20. Le droit de passage, tel qu'il est revendiqué et défini par le Portugal, présente un double caractère. Son contenu s'étend dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves, et son exercice est soumis en même temps au contrôle et à la réglementation de l'Inde pour autant que le passage a lieu sur le territoire indien intermédiaire. Ces deux éléments sont inhérents au principe de la souveraineté territoriale d'où découlent, d'une part, le droit de passage et, d'autre part, le pouvoir de contrôle et de réglementation. Ceci signifie qu'il existe pour l'une et l'autre Partie à côté d'un droit une obligation — celle pour l'Inde d'accorder le passage et pour le Portugal de respecter les règles de procédure relatives à la demande d'autorisation de passage et à l'octroi de cette autorisation. En d'autres termes, les droits et les obligations des deux Parties sont concomitants et corrélatifs. Mais ils sont conciliables en tenant compte de la manière dont le problème a été heureusement résolu dans le passé — pendant la longue période qui a précédé 1954; c'est-à-dire en se fondant sur la coutume locale qui s'est cristallisée à partir de la pratique constante et uniforme des autorités britanniques comme des autorités indiennes jusqu'à cette époque.

Il m'apparaît évident que, dans le passé, l'élément fondamental de la politique d'un État souverain en matière de contrôle et de réglementation d'un droit de passage sur un territoire intermédiaire a été la prise en considération, en toute bonne foi, de son intérêt national. Si un préjudice éventuel risquait d'être porté à cet intérêt, le droit de passage était restreint ou annulé, comme ce fut le cas pour certaines marchandises ordinaires. Mais lorsque le risque d'un tel préjudice semblait peu vraisemblable, l'autorisation de passage était aisément accordée, même s'il s'agissait de forces armées, de police armée et d'armes et de munitions, comme on l'a vu ci-dessus. Cet intérêt national a été le commun dénominateur de la politique de contrôle et de réglementation appliquée à toutes les catégories de passage, quelles qu'aient été les variations dans la procédure observée pour l'octroi de ces autorisations.

21. If a local custom had evolved, as it undoubtedly had, for a right of passage between Daman and the enclaves for private persons, Portuguese civil officials and ordinary goods, a similar custom, in my opinion based upon the consistent practice in the past, had likewise come into being for a right of passage in regard to Portuguese armed forces, armed police, and arms and ammunition. Whatever distinction was observed by the British and Indian Governments in granting passage between the enclaves and between them and coastal Daman for the different categories was a matter of degree in applying a common policy of control and regulation for all the categories of passage rather than a matter of studied differentiation of the scope or content of the right of passage as between one category and another.

22. It should also be noted that originally Portugal possessed an implicit right of access to the assigned villages to collect the granted annual revenue and this right necessarily included access of Portuguese troops, armed police, and arms and ammunition over the intervening Maratha territory from Daman to the villages. In fact Article 11 of the "Capitulations relating to the conditions in which Portugal receives the Pragana of Nagar-Aveli", dated 1785 (Annex 8 to Memorial) reads in part:

"...and the Portuguese will quell any rebellion of the Colys which might break out in the same Pragana".

True, this is of the character of an obligation imposed upon Portugal. But in order to be able to carry out this obligation, she was entitled, by necessary implication, to use all requisite and reasonable means. In other words, she had the implicit right to bring Portuguese troops, armed police, and arms and ammunition into the villages for the purpose of quelling rebellion. This right of access had, under the Marathas, as valid a basis as that for Portuguese civil officials and non-military goods for their use. Though not often invoked by Portugal during the Maratha period, it was more frequently exercised after the fall of the Maratha Empire as an essential attribute of Portuguese sovereignty over the enclaves. Like the right of passage for private persons, civil officials and ordinary goods, it also developed into a customary right in fact, as seen from the uniform and constant practice referred to above.

II

23. Moreover, there are additional grounds for recognizing the broader scope of the right of passage for Portugal.

21. Si, comme il est incontestable, une coutume locale s'est créée à l'égard d'un droit de passage entre Damao et les enclaves touchant les personnes privées, les fonctionnaires civils portugais et les marchandises ordinaires, j'estime, me fondant sur la pratique constante du passé, qu'une coutume similaire s'était également établie quant au droit de passage touchant les forces armées, la police armée, les armes et munitions portugaises. Quelles qu'aient été les distinctions apportées par les autorités britanniques et indiennes dans l'octroi des autorisations de passage entre les enclaves, de même qu'entre les enclaves et Damao (Damao littoral) selon les diverses catégories, il s'agissait là d'une différence de degré dans l'application d'une politique commune de contrôle et de réglementation applicable à toutes les catégories de passage, plutôt que d'une différenciation raisonnée quant à l'étendue ou au contenu du droit de passage pour les diverses catégories.

22. Il convient également de noter qu'à l'origine le Portugal possédait un droit d'accès implicite aux villages qui lui avaient été assignés pour la perception du revenu annuel à lui consenti, et que ce droit englobait nécessairement l'accès des troupes, de la police armée et des armes et munitions portugaises sur le territoire mahratte intermédiaire, entre Damao et les villages. En fait l'article 11 des « Capitulations de 1785 relatives aux conditions dans lesquelles le Portugal a reçu la pramana de Nagar-Aveli » (annexe 8 au mémoire) dit notamment :

« ... et ils étoufferont toute rébellion des Colys qui se produirait dans ladite Pragma ».

Il est vrai que cette disposition a le caractère d'une obligation imposée au Portugal. Mais pour être en mesure de remplir cette obligation il avait le droit, nécessairement sous-entendu, d'utiliser tous les moyens requis et raisonnables. En d'autres termes, il avait implicitement le droit d'amener dans les villages des troupes, de la police armée et des armes et munitions portugaises pour y étouffer la rébellion. Ce droit d'accès avait, sous les Mahrattes, une base aussi valide que le droit accordé aux fonctionnaires civils portugais et aux marchandises de caractère non-militaire destinées à leur usage. Bien qu'il n'ait pas souvent été invoqué par le Portugal au cours de la période mahratte, il a été plus fréquemment exercé après la chute de l'empire mahratte comme un attribut essentiel de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Tout comme le droit de passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires, il s'est également transformé, en fait, en un droit coutumier, comme il ressort de la pratique uniforme et constante évoquée ci-dessus.

II

23. Il existe d'ailleurs des raisons supplémentaires pour reconnaître un caractère plus étendu au droit de passage du Portugal.

Since Portugal bases this claim upon its title of sovereignty, it is equally justifiable under the principle of territorial sovereignty. For as to the validity of this title there is little ground for doubt. Although no such title was acquired under the Marathas, and although during the early years of British succession the attitude of the British authorities on the subject was obscure, their tacit recognition of Portuguese sovereignty over the enclaves became increasingly clear as time went on. The record of negotiations between the Portuguese and British Commissioners for "the exchange of a narrow piece of land which should unite the Pragana of Nagar-Aveli with the other Praganas adjacent to the Fort of Daman", though the project did not materialize, lends further support to this conclusion. It is also confirmed by the Treaty of 26 December 1878 concluded between Great Britain and Portugal which in its preamble states: "being equally animated by the desire ... to improve and extend the relations of commerce between their respective dominions...". No exception or exclusion was stipulated as regards the enclaves in the reference to the "respective dominions"; and British recognition of Portuguese sovereignty over the enclaves, as well as over the other parts of the Portuguese dominions, must have been equally implied. There was nothing in the record to indicate any modification of the British attitude after the termination of the treaty in 1891.

24. When India succeeded Great Britain and became an independent State, there was no indication in the conduct of her relations with Portugal that she had adopted a different attitude in regard to the Portuguese dominions on the Indian sub-continent, notwithstanding her known aspiration for "the re-establishment of her geographical and historical unity". It is true that Counsel for India asked in the oral pleadings: "When-- where-- by whom-- did the Indian Union recognize Portugal's territorial sovereignty?" But under international law such recognition need not always be express or explicit. It does not always call for an open declaration; it may be tacit.

In all its dealings with the Portuguese authorities in the Indian Peninsula or at Lisbon, the Government of the Indian Union, until the events of 1954 occurred, appears to have always regarded the enclaves, as well as the other territories of Portuguese India, as belonging to Portugal. Indeed in the Aide-Memoire of the Indian Legation at Lisbon of 27 February 1950 to the Portuguese Ministry of Foreign Affairs, "the request for an immediate start of negotiations regarding the future of Portuguese colonies in India" was expressly stated to be for "the peaceful reunion of what is now Portuguese India with the Indian Republic". (Memorial, Annex 29.) Again, in a Note of 14 January 1953 from the Indian Legation to

Si le Portugal fonde sa présente revendication sur son titre de souveraineté, cette revendication se justifie aussi par le principe même de la souveraineté territoriale. On ne saurait raisonnablement douter de la validité de ce titre. S'il est vrai qu'aucun titre de ce genre n'a été acquis sous les Mahrattes et si, pendant les premières années de la souveraineté britannique l'attitude des autorités britanniques à ce sujet reste mal connue, il est devenu de plus en plus évident, avec le temps, que ces autorités reconnaissaient tacitement la souveraineté portugaise sur les enclaves. Les documents relatifs aux négociations entre les commissaires portugais et britanniques en vue de « l'échange d'une étroite bande de terrain qui réunirait la Pragana de Nagar-Aveli aux autres Praganas adjacentes au fort de Damao », même si ce projet ne s'est pas réalisé, viennent encore à l'appui de cette conclusion. Elle est également confirmée par le traité du 26 décembre 1878 conclu entre la Grande-Bretagne et le Portugal où il est dit dans le préambule que ces deux États sont « animés du désir ... d'améliorer et d'augmenter les relations commerciales entre leurs dominations respectives... ». Aucune exception ni exclusion n'a été stipulée au sujet des enclaves dans cette référence aux « dominations respectives »; et la reconnaissance par les autorités britanniques de la souveraineté portugaise sur les enclaves, ainsi que sur d'autres parties des possessions portugaises, doit également avoir été implicite. Rien, dans le dossier, n'indique une modification quelconque de l'attitude britannique après que le traité de 1891 eut cessé d'être en vigueur.

24. Lorsque l'Inde a succédé à la Grande-Bretagne et est devenue un État indépendant, rien n'indique dans la conduite de ses relations avec le Portugal qu'elle ait adopté une attitude différente touchant les possessions portugaises dans la péninsule indienne, en dépit de ses aspirations bien connues au « rétablissement de son unité géographique et historique ». Il est vrai que le conseil de l'Inde a demandé au cours de sa plaidoirie: « Quand — où — par la voix de qui l'Union indienne a-t-elle reconnu la souveraineté territoriale du Portugal? » Mais en droit international une telle reconnaissance n'a pas toujours besoin d'être expresse ou explicite. Elle n'exige pas toujours une déclaration publique; elle peut être tacite.

Dans tous ses rapports avec les autorités portugaises dans la péninsule indienne ou à Lisbonne, le Gouvernement de l'Union indienne, jusqu'aux événements de 1954, semble avoir toujours considéré les enclaves ainsi que les autres territoires de l'Inde portugaise comme appartenant au Portugal. En fait, dans l'aide-mémoire présenté par la légation de l'Inde à Lisbonne au ministre des Affaires étrangères du Portugal, en date du 27 février 1950, « pour demander l'ouverture immédiate de négociations portant sur l'avenir des colonies portugaises en Inde », cette demande est expressément présentée comme visant à « la réunion pacifique à la République indienne de ce qui est maintenant l'Inde portugaise ». (Mémoire,

the Portuguese Ministry of Foreign Affairs, it is stated in its final paragraph:

"The Government of India have suggested that the principle of direct transfer should be accepted first and that this should be followed by a *de facto* transfer of the administration... The legal sovereignty of Portugal would continue until the steps then considered appropriate had been taken to give effect to the decisions arrived at. The Government of India would be glad if the Government of Portugal would accept these suggestions as a basis for the proposed negotiations." (Memorial, Annex 31.)

Thus it is beyond doubt that as late as 1953 India continued to consider all the Portuguese territories in India as under Portugal's *legal sovereignty* without making any exception concerning the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli.

25. Since international law makes no distinction between one sovereignty and another, Portuguese sovereignty over the enclaves is as much entitled to exist as the sovereignty of the State by whose territory it is encircled. And the passage of troops, armed police, and arms and ammunition is as indispensable to the exercise of the Portuguese sovereignty as, if not more so than, the passage of private persons, civil officials and ordinary goods. Even though the situation of an enclave is a special one, it is inconceivable in international law that one sovereignty exists only by the will or caprice of another sovereignty. But on the other hand, while it is true that this right of passage imposes a correlative obligation binding on the State through whose territory it has to be effected, it is not an absolute, unrestricted right; in the nature of things its exercise must be subject to control and regulation by the sovereign of the intervening territory.

The existence of two conflicting rights, however, is not an uncommon phenomenon in international law. In the complexities of intercourse between nations such a situation is often unavoidable. It is, however, not an intractable problem; its solution only calls for mutual adaptation and adjustment. By reference to, and application of, the general principles of law as stipulated in Article 38, 1, (c), of the Statute, as well as to customary international law, similar situations have found solutions in the past.

26. In municipal law, as disclosed by a comparative study by Professor Max Rheinstein, the right of access to enclaved property is always sanctioned. Admittedly, there are important distinctions between a right of passage of an international enclave and that of an enclaved land owned by a private individual. But in whatever mould municipal law may be cast, in whatever technical framework it may be installed, in harmony with national tradition or out of preference for a particular legal fiction, the underlying prin-

annexe 29.) De même, dans une note du 14 janvier 1953 adressée par la légation de l'Inde au ministère des Affaires étrangères du Portugal, il est dit dans le dernier paragraphe :

« Le Gouvernement de l'Inde a proposé l'acceptation préalable du principe d'un transfert direct qui devrait être suivi d'un transfert de fait de l'administration... La souveraineté juridique du Portugal serait maintenue jusqu'à ce que les mesures jugées utiles soient prises pour rendre applicables les décisions intervenues. Le Gouvernement de l'Inde serait heureux que le Gouvernement du Portugal accepte ces propositions comme point de départ des négociations proposées. » (Mémoire, annexe 31.)

Il est donc hors de doute que jusqu'en 1953 l'Inde a continué à considérer tous les territoires portugais en Inde comme étant sous la *souveraineté juridique* du Portugal sans établir aucune exception au sujet des enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli.

25. Le droit international n'établissant aucune distinction entre une souveraineté et une autre, la souveraineté portugaise sur les enclaves est tout autant justifiée à exister que la souveraineté de l'État dont le territoire les entoure. Et le passage de forces armées, de police armée et d'armes et munitions est aussi indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise, sinon davantage, que le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires. Si même la situation d'une enclave revêt un caractère spécial, il est inconcevable en droit international que l'existence d'une souveraineté dépende de la volonté ou du caprice d'une autre souveraineté. Mais d'autre part, s'il est vrai que ce droit de passage impose à l'État qui possède le territoire où ce passage est effectué une obligation correspondante, ce droit ne saurait être absolu et sans restriction; par la nature des choses son exercice doit être soumis au contrôle et à la réglementation du souverain du territoire intermédiaire.

L'existence de deux droits contradictoires n'est pas toutefois, en droit international, un phénomène exceptionnel. Dans l'extrême complexité des rapports entre nations il est souvent impossible d'éviter qu'une situation de ce genre se crée. Mais le problème n'est pas insoluble non plus. Il exige seulement une adaptation et un accommodement. En se référant aux principes généraux de droit mentionnés à l'article 38, 1 c), du Statut ainsi qu'au droit coutumier et en les appliquant, on a réussi dans le passé à résoudre pareils problèmes.

26. En droit interne, comme il ressort d'une étude comparative du professeur Max Rheinstein, le droit d'accès aux domaines enclavés est toujours admis. Il est certain que la différence est considérable entre un droit de passage relatif à une enclave internationale et un autre qui porte sur un fonds enclavé appartenant à un particulier. Mais dans quelque moule que soit coulé le droit interne, dans quelque cadre technique qu'il soit fixé, qu'il s'agisse de se conformer à une tradition nationale ou que l'on préfère se fonder sur une fiction

ciple of recognition of such a right, in its essence, is the same. It is the principle of justice founded on reason.

27. Indeed, in the last analysis, the fact that an enclaved land in municipal law and an enclaved territory in the international domain has always been able to enjoy passage through the surrounding land of another owner or the surrounding territory of another State, is based upon reason and the elementary principle of justice. For such land or territory this transit is a necessity and it is reasonable to provide for this necessity both in municipal law and in customary international law. As the great Dutch juriconsult, Cornelius van Bynkershoek, has so well said: "In the law of nations, reason is sovereign...." It is reason which dictates the recognition of a rule of international customary law in application of the principle of justice. Only by the existence of this rule of customary law can it be explained that through the centuries, though many territorial enclaves have existed and disappeared in the course of the development of international relations, not a single case of disappearance has been due to denial of passage and the consequent geographical suffocation or strangulation. The reasonableness of according passage through the surrounding territory accounts for the constancy and uniformity of the usage which has ripened into a customary right of passage for international enclaves, however restricted or qualified it may be according to the circumstances of each case.

28. On the surface, the right of passage of the sovereign of an enclave and the right of the sovereign of the surrounding territory to uphold his territorial sovereignty appear to be conflicting, but, as I have already remarked, they are not incompatible or irreconcilable with each other. The fact that enclaves exist and thrive today in many parts of the world shows that whatever difficulties may have arisen between the enclaved and encaving territories from time to time have always been satisfactorily arranged in good faith and with goodwill on both sides. The relations between the two territorial situations are not unlike the relations between the ocean and the rivers which empty their waters into it. Sometimes the necessity to exercise the sovereignty over the enclave is more pressing than the right of the encaving State to protect its territorial sovereignty intact and sometimes the reverse is true; just as during the spring thaw a river rising high with water discharges it deep into the ocean and, during the flow of the tide, the ocean pushes its tide water well up the river, without denying the existence of either. They co-exist and perform their respective functions. There is no intrinsic conflict between them and there is none either between the right of passage of an enclave of one State and the territorial sovereignty of the enclosing State. For customary international law is no less resourceful than the law of geophysics.

juridique particulière, le principe sous-jacent à la reconnaissance de ce droit est essentiellement le même. C'est un principe de justice, fondé sur la raison.

27. En dernière analyse, le fait qu'en droit interne les fonds enclavés et en droit international les territoires enclavés ont toujours joui d'un droit de passage sur les fonds environnants appartenant à un autre propriétaire ou sur les territoires environnants appartenant à un autre État se fonde en vérité sur la raison en même temps que sur le principe élémentaire de la justice. Pour ces fonds ou ces territoires le transit est une nécessité, et il est raisonnable de prendre des dispositions pour y satisfaire tant en matière de droit interne qu'en matière de droit international coutumier. Comme l'a si bien dit le grand jurisconsulte néerlandais Cornelius van Bynkershoek, « en matière de droit des gens, la raison est souveraine... ». C'est la raison qui impose la reconnaissance d'une règle de droit international coutumier en application du principe de la justice. Seule l'existence de cette règle de droit coutumier peut expliquer qu'au cours des siècles, alors que bien des enclaves territoriales ont existé puis disparu dans le mouvement des relations internationales, aucune de ces disparitions n'a été imputable à un refus de passage qui aurait entraîné un étouffement ou un étranglement géographique. Le caractère raisonnable du fait d'accorder passage sur le territoire environnant justifie la constance et l'uniformité de cet usage devenu, avec le temps, un droit coutumier à l'égard des enclaves internationales, quelles que puissent être les restrictions ou les réserves qui y sont apportées selon le cas.

28. A première vue, le droit de passage du souverain d'une enclave et le droit qu'a le souverain du territoire environnant de préserver sa souveraineté territoriale peuvent sembler s'opposer mais, je l'ai dit, ils ne sont ni incompatibles, ni inconciliables. Si des enclaves existent et prospèrent aujourd'hui dans bien des régions du monde, c'est qu'en dépit des difficultés qui ont pu surgir de temps à autre entre territoires enclavés et territoires adjacents, ces difficultés ont toujours été heureusement aplanies par la bonne foi et la bonne volonté des deux parties. Les rapports entre ces deux situations territoriales ne sont pas sans ressembler à ceux des océans et des fleuves qui s'y déversent. Il arrive parfois que la nécessité d'exercer une souveraineté sur les enclaves soit plus pressante que le droit de l'État qui entoure l'enclave à conserver intacte sa souveraineté territoriale, et il arrive parfois que ce soit le contraire; de même, au moment des fontes printanières, les eaux gonflées du fleuve s'avancent profondément dans l'océan et, au temps de la marée, l'océan pousse ses vagues dans l'estuaire, sans pour autant que l'un menace l'existence de l'autre. Les flots coexistent et jouent chacun leur rôle. Nul conflit intrinsèque entre eux, non plus qu'entre le droit de passage de l'enclave d'un État et la souveraineté territoriale de l'État où s'insère l'enclave. Car le droit international coutumier n'offre pas moins de ressources que les lois de la géographie physique.

29. For the reasons stated above, I hold that Portugal's right of passage between the enclaves and between them and coastal Daman embraces all the six categories, to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves and subject to control and regulation by India.

(Signed) WELLINGTON KOO.

Pour toutes les raisons que je viens d'exposer, je tiens que le droit de passage du Portugal entre les enclaves comme entre les enclaves et Damao (Damao littoral) embrasse les six catégories sans exception, dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves et sous réserve du pouvoir de contrôle et de réglementation de l'Inde.

(Signé) WELLINGTON KOO.

OPINION DISSIDENTE DE MM. WINIARSKI ET BADAWI

A notre grand regret nous ne saurions souscrire à la décision de la Cour par laquelle elle rejette la sixième exception de l'Union indienne et en conséquence se reconnaît compétente pour connaître de la présente affaire.

1. Par sa Déclaration en date du 19 septembre 1929, ratifiée le 5 février 1930, l'Inde avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour pour les différends qui s'élèveraient après la date de la ratification relativement (*with regard to*) aux situations ou aux faits postérieurs à ladite ratification.

La date du 5 février 1930 — que nous appellerons la date critique — a été maintenue dans la Déclaration indienne du 28 février 1940. La double condition formulée dans cette Déclaration constitue une importante limitation *ratione temporis* de l'obligation assumée par l'Union indienne.

Les Parties ont abondamment discuté la portée de la sixième exception pour la présente affaire; elles l'ont fait dans leurs écritures et dans leurs plaidoiries, aussi bien en 1957, lors de la procédure sur les exceptions préliminaires, que dans la phase actuelle du procès portant l'examen du fond. Le fait que la Cour a, en 1957, décidé de joindre cette exception au fond démontre l'importance, voire même la nécessité dont elle était consciente de ne décider du sort de cette exception qu'après avoir acquis une connaissance suffisante des faits du litige.

De la double limitation que nous venons de rappeler, l'arrêt écarte la première: la Cour a pu considérer comme acquise la thèse d'après laquelle le différend s'est élevé après le 5 février 1930, date critique de la Déclaration indienne; la discussion du fond n'a pas apporté de preuves à l'appui de l'opinion contraire. Par contre, la question de savoir si le différend s'est élevé relativement aux situations ou faits postérieurs à cette date devrait, à notre avis, recevoir réponse suivant la thèse indienne, entraînant ainsi, comme conséquence, la déclaration d'incompétence.

La conclusion finale du Portugal à ce sujet dit entre autres:

« Attendu que ... sont également postérieurs au 5 février 1930, puisqu'ils datent également de 1954, les situations ou faits au sujet desquels le différend s'est élevé;

Attendu qu'en réalité ces situations ou faits ne sont que les générateurs du différend et que comme tels, on doit considérer les situations ou faits imputés par l'État demandeur à l'État défendeur comme illicites, c'est-à-dire comme des violations de ses obligations internationales;

DISSENTING OPINION OF JUDGES WINIARSKI AND BADAWI

[*Translation*]

It is with great regret that we find ourselves unable to subscribe to the decision of the Court which rejects the Sixth Objection of the Indian Union and consequently finds that the Court has jurisdiction in the present case.

1. By its Declaration of 19 September 1929, ratified on 5 February 1930, India accepted the compulsory jurisdiction of the Court for disputes that might arise after the date of ratification with regard to situations or facts subsequent to that ratification.

The date of 5 February 1930-- which we shall call the crucial date--was maintained in the Indian Declaration of 28 February 1940. The twofold condition set out in that Declaration constitutes an important limitation *ratione temporis* of the obligation assumed by the Indian Union.

The Parties discussed at length the bearing of the Sixth Objection upon the present case; they did so in their written pleadings and at the hearings, both in 1957, during the proceedings on the Preliminary Objections, and in the present stage of the case concerned with the merits. The fact that the Court, in 1957, decided to join this objection to the merits shows how aware it was of the importance, not to say the necessity, of only deciding upon the fate of this objection when it had obtained sufficient knowledge about the facts of the dispute.

Of the two limitations just mentioned, the Judgment rejects the first: the Court has admitted the argument that the dispute arose after 5 February 1930, the crucial date of the Indian Declaration; the discussion of the merits furnished no evidence to the contrary. On the other hand, the question whether the dispute arose with regard to situations or facts subsequent to that date should, in our opinion, be answered in the sense of the Indian argument, thus involving as a consequence a finding by the Court that it is without jurisdiction.

The final submission of Portugal on this point is *inter alia* :

"Whereas ... the situations or facts in respect of which the dispute arose are likewise subsequent to 5 February 1930, since they also date from 1954;

Whereas these situations or facts are really nothing but those giving rise to the dispute, and whereas one must regard as such the situations or facts imputed by the applicant State to the respondent State as unlawful, i.e. as constituting violations of the respondent State's international obligations;

Attendu que les situations ou faits que le Portugal impute à l'Union indienne comme illicites datent, ainsi qu'il a été dit, de 1954 :

Par ces motifs,

Plaise à la Cour rejeter l'exception. »

2. Dans le débat devant la Cour, les deux Parties cherchaient à se prévaloir de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* pour y trouver des arguments à l'appui de leurs thèses respectives.

Cet arrêt, avec celui rendu dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, constitue, en effet, une importante contribution de la jurisprudence de la Cour permanente à l'étude du problème des limitations *ratione temporis* des obligations des États qui acceptent la juridiction obligatoire de la Cour. Nous sommes bien obligés d'y faire quelques références.

Ledit arrêt met lui-même les parties en garde contre les conclusions hâtives.

D'un côté, il constate « que l'emploi de ces deux termes [situations ou faits] correspond à la volonté de l'État signataire d'embrasser dans une expression aussi compréhensive que possible tous les éléments susceptibles de donner naissance à un différend ». Et l'arrêt continue : « Elle [la C. P. J. I.] observe, d'autre part, que les deux termes « situations » et « faits » étant placés sur la même ligne, la limitation *ratione temporis* leur est commune et que de l'emploi de l'un ou de l'autre ne saurait résulter une extension de la juridiction obligatoire. » D'un autre côté, l'arrêt indique : « L'antériorité ou la postériorité d'une situation ou d'un fait par rapport à une certaine date est une question d'espèce tout comme constitue une question d'espèce le point de savoir quels sont les situations ou faits au sujet desquels s'est élevé le différend. »

La tâche d'établir un rapport visé par la Déclaration entre le différend et les « situations ou faits » appartient à la Cour.

3. Les conseils du Portugal se sont efforcés de limiter autant que possible le contenu de ces notions : situations ou faits. D'après eux doivent être compris comme « les faits ou les situations » ceux « que la partie demanderesse impute à la partie défenderesse comme illicites ». « Un État commet certains actes, crée certaines situations. Un autre État réprime ces actes ou ces situations comme illicites. Il les déclare violateurs de son droit... » Et plus loin : « Il faut seulement considérer la situation dénoncée comme illicite par l'État demandeur et examiner quel fait illicite cet État présente à l'origine de cette situation. »

Il a été observé à ce sujet qu'il a suffi à la Cour permanente de constater que l'acte qui faisait l'objet du litige entre la France et l'Italie n'était qu'une application d'un *dahir* de 1920, date antérieure

Whereas the situations or facts which Portugal imputes to the Indian Union as unlawful also date from 1954, as has already been pointed out;

For these reasons,

May it please the Court to dismiss the Objection."

2. When the case was heard in Court, both Parties invoked the Judgment of the Permanent Court of International Justice in the *Phosphates in Morocco* case, seeking in it arguments to support their respective claims.

That Judgment, with the Judgment given in the case of the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, is an important contribution by the jurisprudence of the Permanent Court to the study of the question of limitations *ratione temporis* to the obligations of States which accept the compulsory jurisdiction of the Court. We feel bound to refer to it.

The Judgment quoted itself warns the parties against hasty conclusions.

In one place it states "that the use of these two terms [situations or facts] shows the intention of the signatory State to embrace, in the most comprehensive expression possible, all the different factors capable of giving rise to a dispute". And it goes on to say: "The Court [the Permanent Court of International Justice] also observes that the two terms 'situations' and 'facts' are placed in conjunction with one another, so that the limitation *ratione temporis* is common to them both, and that the employment of one term or of the other could not have the effect of extending the compulsory jurisdiction." In another passage the Judgment says: "The question whether a given situation or fact is prior or subsequent to a particular date is one to be decided in regard to each specific case, just as the question of the situations or facts with regard to which the dispute arose must be decided in regard to each specific case."

It is the duty of the Court to establish a relationship contemplated by the Declaration between the dispute and the "situations or facts".

3. The Portuguese Counsel tried to keep the content of these notions - situations or facts - within the narrowest possible limit. In their view "the facts or situations" must be understood to mean those "which the applicant Party imputes to the respondent Party as unlawful". "A State commits certain acts, creates certain situations. Another State stigmatizes these acts or situations as unlawful. It declares that they violate its right..." And again: "All that has to be considered is the situation denounced as unlawful by the applicant State and what unlawful act that State puts forward as the origin of that situation."

It was observed in this connection that the Permanent Court considered it sufficient, as a reason for holding itself to be without jurisdiction, that the act which was the subject of the dispute

à la date critique, pour se déclarer incompétente, sans avoir à examiner si ce *dahir* est ou non contraire aux engagements internationaux de la France. Pour bien comprendre la pensée de la Cour, il faut retenir de cette constatation que pour rejeter les arguments de l'Italie, la Cour n'a pas estimé nécessaire que les situations ou faits qui sont à l'origine du différend soient des actes illicites. Un État ne commet pas un acte illicite et n'engage pas sa responsabilité internationale par le seul fait qu'il édicte une loi qui contient des dispositions incompatibles avec ses engagements internationaux. Si l'application de cette loi conduit à des actes qui sont contraires aux engagements internationaux de l'État, le juge dira simplement que cet État ne peut valablement invoquer sa loi pour justifier ces actes. La Cour permanente de Justice internationale s'est à deux ou trois reprises prononcée dans ce sens.

Les *dahirs* de 1920 n'étaient pas par eux-mêmes des actes illicites; et pourtant l'exception française a été admise, parce qu'ils étaient à l'origine des actes dénoncés par l'Italie comme illicites, et ils étaient antérieurs à la date critique.

4. La thèse portugaise paraît attribuer à l'État demandeur le rôle principal, sinon décisif, dans la détermination des éléments générateurs du différend. En effet, il a été dit pour le Gouvernement portugais que les faits et les situations qui méritent véritablement ce nom, ce sont « les faits ou les situations que la partie demanderesse impute à la partie défenderesse comme illicites ».

Or la Cour ne saurait se limiter à enregistrer la prétention de l'État demandeur, d'autant plus que cet État, placé devant la date critique, peut avoir un intérêt à limiter le problème dans le temps, par exemple, en passant certains rapports sous silence, ou en en minimisant la portée pour le procès par lui intenté, en un mot: en isolant le différend de la situation dont il est issu — comme, d'ailleurs, l'État défendeur peut avoir la tendance à faire reculer les éléments générateurs du différend dans le passé où ils ne seraient pas couverts par la Déclaration.

La Cour garde son entière liberté d'appréciation des rapports entre les faits et les situations de l'espèce et l'objet du différend. Dans certains cas, quand il s'agit de faits isolés et bien reconnaissables, cette tâche sera relativement facile; dans d'autres, où la situation, c'est-à-dire un état de choses, un ensemble de relations de fait et de droit, est complexe et difficile à discerner, cette tâche peut être ardue; cependant, il s'agit de la question première entre toutes: la compétence de la Cour.

5. Il nous est difficile d'admettre la thèse du Gouvernement portugais pour une autre raison: elle semble confondre les faits du différend avec les faits et les situations dont ce différend procède, selon une des formules de la Cour permanente. Or les faits du

between France and Italy was merely the application of a *dahir* of 1920, that is, a date earlier than the crucial date, and held that it was unnecessary to consider whether the *dahir* was or was not contrary to the international obligations assumed by France. In order to appreciate the Court's meaning, the important point in this statement to keep in mind is that, in order to dismiss the arguments of Italy, the Court saw no need to determine that the situations or facts which gave rise to the dispute were unlawful acts. A State does not commit an unlawful act, nor incur international responsibility, simply by enacting a law containing provisions that are incompatible with its international undertakings. If the application of that law leads to acts which conflict with the State's international undertakings, the judge will simply declare that that State cannot validly invoke its law in support of those acts. The Permanent Court of International Justice decided in that sense on two or three occasions.

The *dahirs* of 1920 were not in themselves unlawful acts; nevertheless, the French objection was allowed, because they were the source of the acts denounced by Italy as unlawful and they were prior to the crucial date.

4. The Portuguese case appears to assign to the applicant State the principal if not decisive part in determining the sources of the dispute. It was said on behalf of Portugal that the facts and situations really deserving that name are "those facts or situations which the applicant Party imputes to the Respondent as unlawful".

The Court cannot simply register this claim by the applicant State, especially as that State, confronted with the crucial date, may have an interest in circumscribing the period of time; for instance, by ignoring certain relationships or by minimizing their bearing upon its case; in a word, by isolating the dispute from the situation of which it is the result; just as the respondent State may tend to antedate the sources of the dispute by attributing them to a time when they would not be covered by the Declaration.

The Court remains entirely free in its examination of the connections between the facts and situations of the case and the subject of the dispute. In some cases, where the facts are isolated and easily ascertainable, that task will be comparatively easy; in other cases where the situation or state of affairs or skein of *de facto* and *de jure* relationships is complex and difficult to unravel, the task may be a hard one; but the first question of all to decide is the jurisdiction of the Court.

5. We find it hard to accept the Portuguese argument for another reason: it appears to confuse the facts of the dispute with the facts and situations from which that dispute arose, to employ a formula adopted by the Permanent Court. The facts of the dispute may be of

différend peuvent être récents et concentrés dans un espace de temps relativement bref, tandis que les faits ou situations qui sont à l'origine du différend peuvent être suffisamment anciens pour échapper à la juridiction de la Cour telle qu'elle se trouve acceptée dans la Déclaration de l'État défendeur. La Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt cité a dit : « On ne saurait reconnaître une telle relation [postériorité réelle] entre un différend et des éléments postérieurs [à la date critique] qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou faits antérieurs, alors que ceux-ci constituent les véritables éléments générateurs du différend. »

Nous relevons encore une des formules de la Cour permanente de Justice internationale : « Le différend ne peut être isolé de la situation dont il est issu. » La Cour permanente fait donc supposer qu'il peut y avoir des cas où une des parties cherche à isoler le différend de la situation dont il est issu.

Dans l'affaire devant la Cour, l'État demandeur affirme que tous les faits et situations relatifs au différend se concentrent en 1954 et ne remontent pas plus loin dans le passé; ce sont rigoureusement ceux qu'il impute à son adversaire comme illicites. Cependant, celui-ci répond que le cas est en réalité plus compliqué; que les faits et les situations, éléments générateurs du différend, ont existé déjà avant 1930, à quoi l'État demandeur réplique qu'avant 1954 il n'avait pas à se plaindre, que les divers incidents, divergences d'opinion, conflits sans grande importance, même interdictions formelles doivent être attribués simplement à l'exercice, par l'État territorial, du contrôle et de la réglementation dont le Portugal admet sans difficulté la légitimité. Il affirme qu'il a toujours possédé et effectivement exercé le droit de passage, droit général, dans les limites nécessaires à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et que ce droit a été respecté par l'État territorial jusqu'en 1954.

L'arrêt paraît admettre que la situation qui est à l'origine du différend est à la fois antérieure et postérieure à la date critique, mais il en tire des conclusions auxquelles nous ne pouvons pas souscrire. Il part de la constatation que la limitation *ratione temporis* dans la Déclaration indienne est rédigée « d'une façon positive en indiquant les différends qui sont compris dans cette acceptation ». En effet, elle ne procède pas d'une façon négative, en excluant les différends nés des situations ou faits antérieurs à la date critique, mais il ne fait pas de doute que l'intention de l'Union indienne était, en acceptant la juridiction obligatoire de la Cour pour les situations ou faits postérieurs, comme générateurs du différend, d'exclure les situations ou faits antérieurs.

L'arrêt déjà cité dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* dit encore : « Pour résoudre ces questions, il faut toutefois garder toujours présente à l'esprit la volonté de l'État qui, n'ayant accepté la juridiction obligatoire que dans certaines limites, n'a entendu y

recent date and may be comprised within a comparatively short space of time, whereas the facts or situations from which the dispute arose may date back far enough to fall outside the jurisdiction of the Court as accepted by the Declaration of the respondent State. In the Judgment already quoted, the Permanent Court of International Justice said: "It would be impossible to admit the existence of such a relationship [a really subsequent date] between a dispute and subsequent factors [subsequent to the crucial date] which either presume the existence or are merely the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute."

We will cite one more dictum of the Permanent Court: "The dispute cannot be separated from the situation of which it is the result." Thus, the Permanent Court implies that there may be cases in which one of the Parties tries to separate the dispute from the situation of which it is the result.

In the case now before the Court, the applicant State declares that all the facts and situations relating to the dispute are comprised within the year 1954, and do not date back farther; these are exclusively the acts which it imputes to the opposite Party as unlawful. The latter, however, replies that the case is in fact not so simple, that the facts and situations from which the dispute arose already existed before 1930, to which the applicant State replies that until 1954 it had no cause of complaint and that the various incidents, differences of opinion, minor disputes, and even formal prohibitions are to be ascribed only to the exercise by the territorial State of a control and regulation which Portugal readily admits to have been legitimate. Portugal declares that it has always possessed and effectively exercised the right of passage, a general right, within the limits necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, and that that right was respected by the territorial State until 1954.

The Judgment seems to admit that the situation which forms the origin of the dispute is both prior and subsequent to the crucial date, but from this it draws conclusions to which we cannot subscribe. It begins by finding that the limitation *ratione temporis* in the Indian Declaration is drafted "in a positive manner ... indicating the disputes which are included within that acceptance". It certainly does not proceed in a negative manner by excluding disputes arising from situations or facts prior to the crucial date, but there is no doubt that the Indian Union, when it accepted the compulsory jurisdiction of the Court for subsequent situations or facts giving rise to disputes, intended to exclude prior situations or facts.

The Judgment in the *Phosphates in Morocco* case, already quoted, also says: "However, in answering these questions it is necessary always to bear in mind the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction within specified limits and consequently

soumettre que les seuls différends qui sont réellement nés de situations ou de faits postérieurs à son acceptation. »

6. Le Portugal ne voit dans le passé, à commencer par 1779 et jusqu'aux événements de 1954, que la source de son droit de passage. La formule est celle que la Cour permanente de Justice internationale avait employée dans son arrêt dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*. Là, l'exception bulgare *ratione temporis* invoquait la décision du Tribunal arbitral antérieure à la date critique. Pourtant le problème est différent: la décision du Tribunal arbitral avait été reconnue par les deux parties en litige, elle faisait leur loi en la matière; le fait était incontestable. Le différend ne portait que sur certaines mesures prises par les autorités bulgares après la date critique, que la Belgique considérait comme n'étant pas conformes à la formule adoptée par la décision arbitrale. La Cour permanente de Justice internationale conclut à l'absence de l'élément générateur antérieur à la date critique fixée par la Déclaration bulgare.

Dans notre cas, une loi commune reconnue par les deux Parties n'existe pas. Le Portugal croit pouvoir la déduire, entre autres, de la pratique, c'est-à-dire d'une série d'actes et de faits, vieille de plus d'un siècle et demi; l'Union indienne s'appuie sur la même longue pratique pour affirmer que le prétendu droit de passage en faveur du Portugal n'existe pas. Pour le problème qui nous préoccupe, il ne s'agit pas de savoir qui a raison et qui a tort; il s'agit de savoir si ce n'est pas la même situation qui s'est aggravée, qui a culminé en 1954 pour conduire rapidement à un conflit et donner lieu à la procédure devant la Cour. Il s'agit de savoir si les actes dénoncés par le Portugal comme illicites puisent leur origine dans une situation antérieure à la date critique.

Il nous est difficile de souscrire à l'interprétation de la Déclaration indienne, d'après laquelle il suffit que la situation ou le fait qui concerne le différend soit postérieur à la date critique pour que la juridiction de la Cour soit acceptée, et encore moins à la distinction entre situation et fait, qui assigne, arbitrairement à notre avis, à la notion de situation une signification purement géographique (l'enclave), alors que cela n'est qu'un élément de la situation et que celle-ci, ensemble des rapports de fait et de droit, couvre le problème de passage avec toutes ses modalités, tel qu'il se présentait aux Parties pendant la période britannique et post-britannique. De plus, on ne peut pas, aux fins de l'interprétation de la Déclaration indienne, joindre les faits du différend, qui sont de 1954, à la situation ancienne, pour les considérer comme un ensemble qui « n'a existé qu'après le 5 février 1930 ». Cela ne correspond pas à l'intention clairement exprimée dans la Déclaration indienne. Si la situation qui est à l'origine du différend est antérieure à la date critique, le consentement de l'Union indienne n'est pas acquis. Nous disons bien: situation qui est à l'origine du différend; il ne

only intended to submit to that jurisdiction disputes having actually arisen from situations or facts subsequent to its acceptance."

6. Portugal sees in the past, beginning with 1779 and continuing till the events of 1954, only the source of its right of passage. The terms are those which the Permanent Court of International Justice had used in its Judgment in the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* case. There the Bulgarian objection *ratione temporis* invoked the decision of the Arbitral Tribunal which preceded the crucial date. But the problem is a different one: the decision of the Arbitral Tribunal had been recognized by both parties to the dispute as lawfully binding upon them; the fact was indisputable. The dispute referred only to certain measures taken by the Bulgarian authorities after the crucial date which Belgium considered to be at variance with the terms of the arbitral decision. The Permanent Court of International Justice found that the source of the dispute was not prior to the crucial date fixed by the Bulgarian Declaration.

In our own case there is no law jointly recognized by both Parties. Portugal claims to infer one, among other things, from practice, that is to say from a series of acts and facts going back more than 150 years; the Indian Union relies upon the same long practice to maintain that the alleged right of passage in Portugal's favour has no existence. For the problem which concerns us, we have not to know who is right and who is wrong; the question to be determined is whether it is not the same situation which entered into an acute stage and reached a climax in 1954, leading rapidly to a dispute and giving rise to the proceedings before the Court. The question is whether the acts denounced by Portugal as unlawful have their origin in a situation going back beyond the crucial date.

We find it hard to subscribe to the interpretation of the Indian Declaration whereby it is enough for the situation or fact concerning the dispute to be subsequent to the crucial date, in order that the Court's jurisdiction may be admitted, still less to the distinction made between a situation and a fact, which, in our opinion arbitrarily, ascribes to the notion of situation a purely geographical meaning (the enclave), whereas that is only one factor in the situation, and the latter, a compound of relationships of fact and law, covers the problem of passage in all its aspects as it presented itself to the Parties in the British and post-British periods. Moreover, it is not possible, for the purposes of the interpretation of the Indian Declaration, to join the facts of the dispute, which date from 1954, to the earlier situation and to regard them as a comprehensive whole which "came into existence only after 5 February 1930". This is at variance with the clearly expressed intention of the Indian Declaration. If the situation from which the dispute arose goes back beyond the crucial date the consent of the Indian Union is lacking. We say advisedly: situation from which the dispute

s'agit pas d'un traité plus ou moins ancien ou d'une règle de droit établie depuis plus ou moins longtemps.

7. Ce qui nous paraît décisif, c'est la nature de l'action intentée par le Gouvernement portugais.

Dans les conclusions finales du Portugal, la première et principale demande est ainsi formulée :

« Plaise à la Cour dire et juger que le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damao, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde. »

Ce que le Gouvernement portugais demande à la Cour, c'est donc de rendre en premier lieu un jugement déclaratoire. La Cour permanente de Justice internationale a rendu de tels jugements. Dans son arrêt n° 11 en interprétation des arrêts nos 7 et 8, elle a dit :

« L'arrêt n° 7 de la Cour est de la nature d'un jugement déclaratoire qui, selon son idée, est destiné à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent. »

C'est exactement ce que demande à la Cour la première conclusion portugaise. Il n'est donc pas question d'actes illicites ; et bien que cette demande soit suivie des deux autres, complémentaires et éventuelles, elle constitue l'essence même de l'affaire.

On peut se demander si devant cette première conclusion les arguments du Portugal relativement à la sixième exception gardent quelque valeur. En effet, ici il ne s'agit pas simplement d'appliquer une règle incontestable de droit pour redresser une violation du droit d'une partie par un acte illicite de l'autre. L'objet de l'action, tel qu'il résulte de la première conclusion portugaise, est de faire reconnaître, constater par la Cour la situation de droit entre Parties ; ceci n'est pas limité aux événements de 1954 et ne peut être considéré comme partie d'un ensemble postérieur à la date critique. Au contraire, tous les éléments du différend contestés tantôt par l'une tantôt par l'autre Partie, se trouvent dans la période post-mahratte ; les Parties n'entendaient pas les choses et leurs positions respectives de la même manière ; c'est dans cette situation prolongée que l'on pourrait voir l'origine du différend actuel.

Il semble cependant que l'on serait justifié d'aller plus loin.

La Cour n'ayant pas reconnu de base conventionnelle au droit de passage réclamé par le Portugal, a dû se tourner vers la pratique qui aurait pu être acceptée comme faisant droit entre Parties.

arose; it is not a question of a more or less ancient treaty or of a rule of law established a longer or shorter time ago.

7. What seems to us to be decisive is the nature of the action brought by the Portuguese Government.

In the final Submissions of Portugal, the first and principal claim is as follows:

"May it please the Court to adjudge and declare that the right of passage between the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and between these enclaves and the coastal district of Daman, as defined above, is a right possessed by Portugal and which must be respected by India."

What the Portuguese Government is asking of the Court, therefore, is that it shall deliver in the first place a declaratory judgment. The Permanent Court of International Justice delivered such judgments. In its Judgment No. 11, interpreting Judgments Nos. 7 and 8, it said:

"The Court's Judgment No. 7 is in the nature of a declaratory judgment, the intention of which is to ensure recognition of a situation at law once and for all and with binding force as between the Parties; so that the legal position thus established cannot again be called in question in so far as the legal effects ensuing therefrom are concerned."

That is exactly what the first Portuguese submission is asking from the Court. There is therefore no question of unlawful acts; and although this claim is followed by the two others, complementary and contingent, it constitutes the very essence of the case.

It is permissible to enquire whether, in the face of this first submission, the arguments of Portugal with regard to the Sixth Objection retain any force. For here it is not simply a case of applying an indisputable rule of law in order to provide a remedy for the violation of the right of one Party resulting from an unlawful act by the other Party. The object of the suit, as it follows from the first Portuguese Submission, is to obtain from the Court a recognition and statement of the situation at law between the Parties; that is not limited to the events of 1954 and cannot be regarded as part of a collective whole subsequent to the crucial date. On the contrary, all the factors in the dispute contested by one or the other Party are to be found in the post-Maratha period; the Parties did not view matters and their respective positions in the same light; the origin of the present dispute could be seen in that prolonged situation.

It seems, however that we should be justified in going farther than that.

Unable to admit that the right of passage claimed by Portugal has its basis in a treaty, the Court was obliged to turn its attention to the practice which might have been accepted as binding upon the

Elle s'est alors trouvée en présence d'une situation très spéciale dans laquelle, même dans un intervalle de temps aussi considérable, il n'était pas possible pour les Parties d'arriver à un accord sur leurs droits et obligations respectifs. Elles demandent à la Cour de les définir. Dans ces conditions il est évident que non seulement la situation qui a donné naissance au présent différend, mais l'objet même du différend, tel qu'il résulte de la principale demande portugaise, se situe dans la période antérieure à la date critique de la Déclaration indienne.

(Signé) B. WINIARSKI.

(Signé) A. BADAWI.

Parties. It then found itself faced with a very special situation in which, even over a considerable period of time, the Parties were unable to reach agreement as to their respective rights and obligations. They ask the Court to define them. In these circumstances it is clear that not only the situation which gave rise to the present dispute, but also the very subject of the dispute, as it follows from the principal Portuguese claim, come within the period preceding the crucial date of the Indian Declaration.

(Signed) B. WINIARSKI.

(Signed) A. BADAWI.

OPINION DISSIDENTE DE M. ARMAND-UGON

N'ayant, à mon regret, pu me rallier entièrement à la décision de la Cour sur le fond, je crois de mon devoir d'exposer les motifs de mon opinion dissidente.

* * *

Le Gouvernement du Portugal soutient, dans sa première conclusion finale, qu'il était titulaire d'un droit de passage entre Damao et les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli, en juillet 1954.

Ce droit, soutient le Portugal, constitue un droit de transit dont la destination n'est autre que celle d'assurer, de manière constante, les communications entre les enclaves elles-mêmes et entre celles-ci et Damao. C'est un transit entre deux portions du territoire portugais. Il s'agit d'un droit d'accès à un territoire portugais enclavé en territoire indien et non d'un droit d'accès à ce territoire. Un tel droit doit se régler dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. La souveraineté sur le territoire à travers lequel les communications se réalisent appartient exclusivement à l'Inde et le Portugal ne le conteste point; le transit reste soumis à la souveraineté indienne et aucune immunité n'est réclamée; il appartient donc au Gouvernement indien de réglementer et de contrôler ce droit de transit sur son territoire. Cette réglementation et ce contrôle devront s'exercer de bonne foi et sous sa responsabilité, mais cette compétence réglementaire n'est pas discrétionnaire et ce Gouvernement ne saurait être autorisé à empêcher le transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

Cette première conclusion finale du Gouvernement du Portugal demande à la Cour de dire et juger:

« Que le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damao, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde. »

C'est sur cette base qu'il a été demandé à la Cour de se prononcer, laquelle doit être prise dans son ensemble, sans que les Parties, ni la Cour elle-même puissent introduire des modifications. Les mots « finalement conclure » dans le texte français de l'article 48 du Statut de la Cour indiquent clairement que de telles conclusions sont définitives et inaltérables et se distinguent des conclusions visées par les articles 42 et 43 du Règlement, lesquelles peuvent être modifiées, en leur qualité de conclusions préliminaires. Il est évident que « si la Cour » peut interpréter les conclusions des Parties,

DISSENTING OPINION OF JUDGE ARMAND-UGON

Translation:

As I am, to my regret, unable to concur entirely in the decision of the Court on the merits, I feel called upon to explain the reason for my dissenting opinion.

The Portuguese Government asserts in the first of its final submissions that it possessed a right of passage between Daman and the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli in July 1954.

That right, Portugal argues, is a right of transit the sole purpose of which is to ensure continuous communication between the enclaves themselves and between the enclaves and Daman. The transit is between two pieces of Portuguese territory. It involves a right of access to Portuguese territory enclaved within Indian territory, not a right of access to the latter. Such a right must be regulated to the extent essential for the exercise of Portuguese sovereignty within the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. Sovereignty over the territory through which communication takes place belongs exclusively to India, and this Portugal does not dispute; that transit remains subject to Indian sovereignty, and no immunity is claimed; it is therefore for the Indian Government to regulate and control this right of transit across its territory. This regulation and control must be exercised in good faith and under the responsibility of India; but that power of regulation is not a discretionary power and the Indian Government cannot be allowed to prevent the transit necessary for the exercise of Portuguese sovereignty within the enclaves.

This first of the final submissions of the Portuguese Government asks the Court to adjudge and declare:

"That the right of passage between the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and between these enclaves and the coastal district of Daman, as defined above, is a right possessed by Portugal and which must be respected by India."

It is upon this basis that the Court has been asked to adjudicate, and it must be taken as a whole, neither the Parties nor the Court itself being permitted to make any alterations in it. The words "*finalemeut conclure*" in the French text of Article 48 of the Statute of the Court make it clear that such submissions are final and unalterable and differ from the submissions referred to in Articles 42 and 43 of the Rules of Court, which, being preliminary submissions, may be modified. It is evident therefore that, "though (the Court) may construe the submissions of the Parties, it cannot

elle ne saurait se substituer à celles-ci pour en formuler de nouvelles sur la base des seules thèses avancées et faits allégués » (affaire relative à *certaines intérêts allemands*, Serie A, arrêt n° 7, pp. 34-35, 1927). Une conclusion finale ne peut être divisée en plusieurs conclusions séparées sur la base des éléments et des modalités de son contenu. La Cour « a le devoir de répondre aux demandes des Parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées ». (C. I. J. *Recueil* 1950, p. 402.) La Cour est appelée à se prononcer sur les conclusions finales des Parties, non à les réviser.

Ce que le Gouvernement portugais demande, c'est un droit qui lui est particulier. Le droit de passage ainsi réclamé est un tout. Il est toujours le même. C'est sur la constatation de ce droit qu'il est demandé une décision. La présente affaire est inscrite au rôle général sous le titre « Droit de passage sur territoire indien ».

Le conseil du Portugal a, notamment, soutenu : « Le droit, dans son essence, reste toujours égal à lui-même, en tant que droit de transit entre Damao et les enclaves, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté sur celles-ci. Ce qui varie c'est sa réglementation, car elle présente des aspects différents au cours des temps. Mais, au milieu de toutes ces transformations extrinsèques, qui n'atteignent pas la substance du droit, celui-ci demeure intact. » (Procédure orale, vol. II, p. 67.)

La Cour est sollicitée de rendre un arrêt déclaratoire sur l'existence du droit de passage ; une telle demande est envisagée par la lettre b) de l'article 36 du Statut de la Cour.

Ce n'est pas sur la décomposition et le démembrement du contenu et des éléments de ce droit qu'on doit statuer. Les conditions d'exécution du droit de passage sont de la compétence du Gouvernement indien et aucune conclusion des Parties ne les vise. Il ne faut pas confondre les formes d'exercice du droit de passage avec le droit en soi. Un prononcé sur le droit de passage ne peut se placer au point de vue des modalités et conditions d'application sans s'éloigner du contenu précis des conclusions finales des Parties. Le Gouvernement portugais demande à la Cour de statuer sur « un droit de passage » et le Gouvernement indien prie la Cour de déclarer cette « demande non fondée » ; les demandes des Parties sont bien claires. La Cour n'est pas priée de statuer sur les modalités d'exécution du droit de passage, chose qui ne lui a pas été demandée.

Ce droit, le Gouvernement portugais prétend le tirer des clauses conventionnelles du traité de 1779 ainsi que de la coutume générale et locale et de certains principes du droit international.

Le fait que le Portugal demande un tel droit pour son accès aux enclaves oblige à rechercher la base juridique de cette prétention. La route pour se rendre aux enclaves depuis Damao s'étend en

substitute itself for them and formulate new submissions simply on the basis of arguments and facts advanced" (Case concerning *Certain German interests*, Series A, Judgment No. 7, p. 35, 1927). A final submission cannot be divided into several separate submissions based upon the elements and aspects it contains. "It is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the Parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 402). The Court is required to decide upon the final submissions of the Parties, not to revise them.

What Portugal claims is a right peculiar to itself. The right of passage claimed forms a whole. It is always the same right. The decision asked for is its establishment. The present case is entered in the General List as "Right of Passage over Indian Territory".

Counsel for Portugal, in particular, argued that: "The right, in itself, remains unchanged, as a right of transit between Daman and the enclaves to the extent necessary for the exercise of sovereignty over those enclaves. What varies is the regulation of the right, for it presents different aspects at different periods. But in the midst of all these extrinsic transformations, which do not affect the substance of the right, that right remains unimpaired." (Oral proceedings, Vol. II, p. 67.)

The Court is asked for a declaratory judgment as to the existence of the right of passage; provision is made for such a request in Article 36 (2) (b) of the Statute of the Court.

It is not upon the breaking up and dismemberment of the content and the elements of this right that the Court has to pass. The conditions governing the execution of the right of passage are within the jurisdiction of the Indian Government and none of the submissions of the Parties touches upon them. The forms in which the right of passage is exercised must not be confused with the right itself. A decision on the right of passage cannot be based upon the forms and conditions of its application without departing from the specific terms of the final submissions of the Parties. The Government of Portugal asks the Court to adjudicate upon "a right of passage" and the Government of India asks the Court to hold "that the claim is unfounded"; the claims of the Parties are perfectly clear. The Court is not requested to adjudicate upon the forms in which the right of passage is to be exercised, that is something which has not been asked.

Portugal claims to derive the right from the provisions of the Treaty of 1779 from general and local custom and from certain principles of international law.

The fact that Portugal claims this right for the purposes of access to the enclaves makes it necessary to seek the legal foundation for this claim. The road leading from Daman to the enclaves is Indian

territoire indien et le droit revendiqué par le Portugal limiterait sur cette partie les droits de l'Inde. La consécration judiciaire d'un droit de cette nature doit avoir un fondement solide.

Le passage qui nous occupe a été pratiqué pendant les périodes mahratte, britannique et indienne. Ces périodes constituent la période normale de son exercice; une période anormale commence après les événements de juillet 1954 quand fut opéré le blocus des enclaves par le Gouvernement indien.

La Partie demanderesse pose l'origine de son droit de passage à l'époque de la cession au Portugal des villages de Nagar-Aveli et de Dadra par le Gouvernement mahratte. Une telle cession serait née du traité de 1779, des accords de 1783 et 1785 et des *sanads* (ordonnances) postérieurs. Un long débat des Parties trouve ici sa place sur l'existence de ce traité et sur le contenu de son article 17.

Il est indéniable que tant le Gouvernement mahratte que le Gouvernement portugais n'ont eu, à cette période, aucun doute sur la célébration dudit traité et sur sa validité. Il y avait à ce sujet un accord des deux Gouvernements. Il est donc inutile de poursuivre une discussion sur un point acquis par ces Gouvernements. On doit se fier à leur sagesse. Leurs manifestations doivent suffire pour retenir qu'il y eut conclusion d'un traité en 1779, entre les Gouvernements mahratte et portugais. Quand un gouvernement déclare officiellement qu'un traité a été passé, la Cour peut soutenir que cette déclaration est suffisante et n'est pas obligée de vérifier son exactitude. C'est ce qu'a reconnu le Gouvernement mahratte.

Le sens du contenu de l'article 17 de ce traité est contesté par les Parties.

Pour les demandeurs, il y aurait eu une cession en pleine souveraineté de certains territoires, sur la base de leurs revenus. Pour les défendeurs, il y aurait eu simplement un *jagir* ou *saranjam*, c'est-à-dire une cession, temporaire et révocable, des revenus des villages de Nagar-Aveli et Dadra.

Pour soutenir cette thèse, le Gouvernement indien s'appuie sur le seul texte de l'article 17 d'une traduction mahratte du texte portugais du 4 mai 1779, lequel aurait été transcrit sur des registres à Goa et signé par le vice-roi portugais. Dans cette traduction de l'article 17, il est exprimé que les Mahrattes ont concédé un *jagir*. Les autres trois textes de ce traité ne font pas référence à ce mot.

Dans l'hypothèse qu'un *jagir* ou *saranjam* fût stipulé, il resterait toujours la question de savoir quelle modalité de cette tenure aurait été celle convenue. Est-ce un *saranjam* révocable, temporaire, sur des revenus ou est-ce un *saranjam* irrévocable ou définitif concédant le sol et les villages? Ni les éclaircissements des Parties

territory, and the right claimed by Portugal would restrict the rights of India in this portion of territory. The judicial sanctioning of a right of this nature must have a firm legal basis.

The passage with which we are concerned was exercised during the Maratha, British and Indian periods. Those periods constitute the period of its normal exercise; an abnormal period begins after the events of July 1954 when the blockade of the enclaves by the Indian Government was brought into effect.

The Applicant places the origin of its right of passage at the period when the villages of Nagar-Aveli and Dadra were ceded to Portugal by the Maratha Government. That cession is said to have resulted from the Treaty of 1779, the agreements of 1783 and 1785 and the subsequent *sanads* (decrees). There was a long discussion between the Parties as to the existence of that Treaty and as to the content of its Article 17.

There is no denying that at that time neither the Maratha Government nor the Portuguese Government had any doubt that the said Treaty had in fact been concluded and was valid. The two Governments were agreed on that. There is therefore no purpose in pursuing the argument on a point they both accepted. We can rely on their wisdom; their conduct should suffice to convince us that a treaty was concluded in 1779 between the Maratha and Portuguese Governments. When a Government declares officially that a treaty was concluded, the Court can hold that this declaration is sufficient and it is not required to check its accuracy. It was admitted by the Maratha Government.

The purport of Article 17 of this Treaty is disputed by the Parties.

The Applicant alleges that certain territories were ceded in full sovereignty, on the basis of their revenues. The Respondent claims that there was only a *jagir* or *saranjam*, that is, a temporary and revocable cession of the revenues of the villages of Nagar-Aveli and Dadra.

In the support of its contention the Indian Government relies solely upon the text of Article 17 in a Marathi translation of the Portuguese text of 4 May 1779, which is said to have been registered at Goa and signed by the Portuguese Viceroy. This translation of Article 17 states that the Marathas granted a *jagir*. The three other texts of this Treaty do not mention this word.

Assuming that a *jagir* or *saranjam* was provided for, it would still remain to determine what form of that tenure was agreed upon. Was it a temporary and revocable *saranjam* of revenues, or was it a *saranjam* irrevocably and finally ceding villages and the ground on which they stood? On this point neither the explanations

ni les documents contradictoires du dossier ne nous apportent sur ce point une conclusion sûre et certaine. L'emploi du mot *jagir*, tel qu'il est consigné à l'article 17 dans la traduction mahratte du texte portugais, ne permet pas d'inférer sans contestation la nature juridique de la tenure envisagée. Ce mot n'avait pas une signification unique et juridiquement précise.

On doit raisonner comme si les situations de la pleine souveraineté ou du *saranjam* étaient valables l'une et l'autre. Dans une hypothèse comme dans l'autre, il est évident que, soit pour exercer la souveraineté sur les enclaves, soit pour administrer et recueillir les impôts des villages, il était indispensable que les autorités portugaises eussent la faculté de passer par le territoire mahratte. Les Mahrattes, en cédant la souveraineté ou un *saranjam*, étaient obligés de permettre l'exercice de droits concédés au Gouvernement portugais sur ces territoires. Il serait inadmissible d'accorder une souveraineté sur certains territoires, ou un *saranjam* de certains villages, et de créer des entraves empêchant l'accomplissement des obligations convenues. On ne peut s'obliger et refuser les moyens pour que l'obligation soit satisfaite. Une obligation était donc à la charge des Mahrattes, dérivée des accords qu'ils avaient signés, et cette obligation comportait l'autorisation du passage à travers leur territoire, au bénéfice des Portugais.

On peut affirmer, sans risquer de se tromper, que, pendant la période mahratte — 35 ans — le Gouvernement de Poona et ses autorités principales n'ont jamais méconnu cette obligation permettant aux Portugais de se rendre aux enclaves.

Un des motifs de la concession (en plus des raisons d'amitié) était de faciliter le ravitaillement de Damao et celui-ci ne se conçoit que si l'on accepte et admet le passage aux villages. L'intérêt du droit de passage a aussi une base économique. De nombreux *sanads* se référant à cette concession indiquent des « villages adjacents à Damao » (annexe C nos 8, 9, 10, 14, 15 et 16). Il y a bien ici l'idée de contiguïté, qui en fait ne put se réaliser, et seulement alors furent visés des villages non contigus à Damao. A défaut de contiguïté, le passage allait y suppléer.

Supprimer ce passage, c'est atteindre, soit la souveraineté territoriale, soit le *saranjam*. Une telle situation n'est pas celle prévue par l'article 17 et ses accords complémentaires. A l'origine de cette situation, il y a un traité, et le Gouvernement mahratte qui a accédé à sa formation doit subir toutes les conséquences de cet acte, en supportant les limitations qu'il comporte dans son territoire.

Le transit ou le fait du transit, en période mahratte, est bien un droit de l'État portugais. C'est un droit implicite, lequel se déduit du traité de 1779 et des accords complémentaires au profit de l'État portugais, même s'il n'a pas été littéralement exprimé. Les obligations assumées par le Gouvernement mahratte doivent

furnished by the Parties nor the contradictory documents on the record are fully conclusive. The use of the word *jagir*, as employed in Article 17 in the Marathi translation of the Portuguese text, does not indicate beyond dispute the legal character of the tenure contemplated. The term had no single and legally precise meaning.

Our reasoning must proceed on the basis of the validity of the argument in favour of full sovereignty and of that in favour of a *saranjam*. In either case it is clear that the Portuguese authorities must necessarily have had a right to pass through Maratha territory, whether to exercise their sovereignty over the enclaves or to administer and collect taxes from the villages. Whether the Marathas ceded sovereignty or granted a *saranjam*, they were obliged to allow the rights granted to the Portuguese over their territories to be exercised. It would be inadmissible to grant sovereignty over certain territories or a *saranjam* of certain villages and then to set up obstacles to the fulfilment of the obligations agreed upon. One cannot accept an obligation and then withhold the means of performing the obligation. There was thus an obligation binding upon the Marathas based upon agreements which they had signed and that obligation involved authorization of passage through their territory for the Portuguese.

It may safely be asserted that during the Maratha period, a period of 35 years, neither the Poona Government nor its principal officials ever disavowed this obligation to allow the Portuguese to travel to the enclaves.

One reason for the concession (in addition to grounds of friendship) was to facilitate the supplying of Daman, and that would have been impossible unless passage to the enclaves was recognized and allowed. The importance of the right of passage had also an economic basis. Numerous *sanads* referring to this concession mention "villages adjoining Daman" (Annex C, Nos. 8, 9, 10, 14, 15 and 16). This implies the idea of contiguity, which in actual fact was not achieved, and only thereafter were villages not adjoining Daman considered. The lack of contiguity was to be made good by passage.

To do away with this passage is to infringe either territorial sovereignty or the *saranjam*. That is not the situation contemplated in Article 17 and the supplementary agreements. This situation had its origin in a treaty and the Maratha Government which agreed to the conclusion of that treaty was obliged to accept all its consequences, submitting to the restrictions it involved within its territory.

Transit, or the fact of transit, during the Maratha period is a definite right vested in the Portuguese State. It is an implied right, to be inferred from the 1779 Treaty and from the supplementary agreements in favour of the Portuguese State, even if it was not specifically expressed. The obligations assumed by the Maratha

s'harmoniser avec les droits qu'il a conventionnellement reconnus. Le Portugal a donc acquis les pouvoirs nécessaires pour l'exercice effectif des pouvoirs et des droits concédés expressément. Ces pouvoirs impliquent la reconnaissance d'un droit de passage.

Il semble bien que ce droit paraisse s'imposer plus fortement dans l'hypothèse d'un *saranjam*. Comment le titulaire de cette tenure pourrait-il en bénéficier si on lui barre la route pour percevoir les impôts accordés et pour administrer les villages? De telles communications se dégagent de l'essence même de cette tenure: sans ces communications cette tenure serait inconcevable.

Le principe des pouvoirs implicites a été admis par la Cour permanente dans l'affaire du *Territoire de Memel* (Série A/B, 1932, pp. 313-314), lequel fait état de la souveraineté de la Lithuanie pour en déduire au profit de celle-ci des pouvoirs non exprimés dans le statut de Memel. La Cour de Justice dans l'avis sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* a aussi admis que cette Organisation jouit des pouvoirs implicites (C. I. J. *Recueil* 1949, pp. 174, 178, 179 et 180).

Le droit de passage est essentiel pour assurer soit les droits de la souveraineté territoriale, soit les droits du *saranjam* dont aurait bénéficié le Portugal. Une simple tolérance de transit, ou une faveur temporaire et révocable, ne donnerait aucunement satisfaction aux droits concédés par le traité mentionné et ses accords; ils resteraient à la merci du Gouvernement mahratte. Or tels n'ont pas été les droits accordés au Portugal par ce Gouvernement. Si le transit est admis comme une simple tolérance, le Portugal ne pourrait réaliser ses droits de manière appropriée. On ne saurait concevoir que le Gouvernement mahratte eût décidé de concéder au Portugal certains droits et de retenir le pouvoir de s'opposer, par des mesures spéciales, à la réalisation du but pour lequel ces droits furent octroyés.

* * *

Une telle situation fut respectée et acceptée par les Britanniques en 1818, quand l'empire mahratte et ses territoires passèrent sous leur domination.

Il est hors de doute que les autorités britanniques ont soigneusement examiné à cette époque la situation du Portugal sur les enclaves de Damao et de Nagar-Aveli, situées dans le territoire qu'ils avaient récemment acquis. Les autorités britanniques avaient en leur pouvoir les archives mahrattes pour se renseigner. Ils y firent une enquête à propos d'une demande en 1818 des autorités portugaises d'une exemption de droits de douane sans que la souveraineté portugaise fût mise en question (annexe C n° 35, document 4). Les Britanniques n'eurent, pendant la période de 1818 à 1947, aucun doute sur la souveraineté du Portugal sur ces enclaves.

Aussi, pendant la période britannique aucune difficulté ni obstacle ne fut soulevé sur l'existence de cette obligation de passage.

Government must accord with the rights it recognized in the Treaty. Portugal therefore acquired the powers necessary for effective exercise of the powers and rights expressly granted. Those powers imply recognition of a right of passage.

This right appears to be even more essential in the case of a *saranjam*. How could the holder of such a tenure enjoy it if denied the possibility of visiting the enclaves in order to collect the taxes granted and to deal with matters of village administration? Such communication is of the very essence of such a tenure, which would otherwise be inconceivable.

The principle of implied powers was recognized by the Permanent Court in the *Memel Territory* case (Series A/B, 1932, pp. 313-314), which deduces from the sovereignty of Lithuania that Lithuania possessed powers not set forth in the Memel Statute. In its Advisory Opinion on *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, the International Court of Justice also recognized that the Organization enjoyed implied powers (*I.C.J. Reports 1949*, pp. 174, 178, 179, and 180).

The right of passage is essential to secure the rights of territorial sovereignty or the *saranjam* rights possessed by Portugal. Mere toleration of passage, or a temporary favour liable to withdrawal, would fail to make possible enjoyment of the rights conferred by the aforementioned Treaty and the agreements; they would be at the mercy of the Maratha Government. But the rights granted to Portugal by that Government were not of such a nature. If transit were merely tolerated, Portugal could not enjoy its rights in an appropriate way. It is not to be supposed that the Maratha Government decided to concede certain rights to Portugal, and at the same time to reserve the power to adopt special measures to defeat the purpose for which those rights had been granted.

This situation was respected and accepted by the British in 1818, when the Maratha Empire and its territories came under their rule.

There is no doubt that at that time the British authorities carefully investigated Portugal's position in the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli situated in their newly acquired territory. They could ascertain the facts from the Maratha archives which were available to them. They enquired into these with reference to a request by the Portuguese authorities in 1818 for a customs exemption, but Portuguese sovereignty was not questioned (Annex C, No. 35, Document 4). During the period 1818 to 1947 the British entertained no doubt as to Portugal's sovereignty over these enclaves.

Accordingly, during the British period, no difficulty or obstacle was raised concerning the existence of this obligation to allow

Ce Gouvernement — successeur du territoire mahratte — le reconnut.

La Cour permanente a accepté, dans l'affaire des *Zones franches*, implicitement, le principe de la succession des obligations localisées d'intérêt général. La France devait respecter le régime établi par les traités de 1815-1816 « comme ayant succédé à la Sardaigne dans la souveraineté sur ledit territoire » (Série A/B, n° 46, p. 145).

C'est seulement sur l'exercice de ce droit que s'arrêta, en pratique, la compétence réglementaire des autorités britanniques. Des modalités diverses régirent l'application de ce droit mais sans méconnaître son existence. Ce pouvoir réglementaire trouvait son fondement dans la souveraineté britannique sur le court trajet séparant les enclaves de Damão. Ce pouvoir ne comportait pas en principe celui d'interdire d'une façon absolue des modalités nécessaires à l'exercice de la souveraineté sur les enclaves. Ils y autorisèrent toujours un usage adapté aux nécessités de ce passage. Il est à signaler que, quelquefois, cette réglementation se fit par accord avec les autorités portugaises, surtout en matière de transit des forces de police (traité de 1878 et accords de 1913, 1920 et 1940). Par ce dernier accord les forces de police armées, ne dépassant pas le nombre de dix agents, pouvaient passer en avisant chaque fois, par la poste, les autorités britanniques dans les vingt-quatre heures de leur passage. Si un nombre d'agents supérieur à dix était nécessaire, la pratique de l'autorisation préalable devait être suivie (annexe indienne C n° 57).

Les règlements édictés par le Gouvernement britannique eurent pour but de délimiter le passage, pour en régler les détails d'application. Ce sont généralement des règlements de police qui édictent des restrictions et par exception des interdictions à la liberté du transit. Pendant toute la durée de la période britannique il y eut deux interdictions, pour le sel et l'alcool. De telles limitations sont courantes et nombreuses lorsqu'il s'agit de réglementer des droits, sans qu'il soit loisible de déduire d'une telle activité étatique que ces droits n'existent pas. Il en est de même quand cette fonction réglementaire s'exerce sur les modalités du droit de passage, en vue d'assurer, soit l'ordre public, soit une meilleure fiscalité. Ces réglementations, loin de méconnaître le droit de passage, en sont la confirmation éclatante et elles signalent, précisément, son champ d'application.

Les autorités britanniques, à un certain moment, conçurent même l'idée de l'établissement d'un corridor liant les deux territoires portugais. Ce projet ne fut finalement pas adopté. Cette proposition venait fortifier la pensée, souvent mise à jour dans la correspondance entre les autorités britanniques et portugaises, du cas spécial des enclaves et de la nécessité d'en assurer et faciliter les communications. Cette cession de territoire, dit un fonctionnaire britannique, « donnerait un libre accès à la *pargana* portugaise de Nagar-Aveli » (annexe F n° 58).

passage. The British Government, when they succeeded to the Maratha territory, recognized it.

In the *Free Zones* case, the Permanent Court implicitly recognized the principle of the succession of local obligations of general interest. France, "as Sardinia's successor in the sovereignty over the territory in question", had to respect the system established by the treaties of 1815-1816" (Series A/B, No. 46, p. 145).

The jurisdiction of the British authorities was confined in practice to regulating the exercise of this right. The application of the right was controlled in various ways, but the existence of the right was never disregarded. This power of regulation was founded upon British sovereignty over the short distance between Daman and the enclaves. It did not in principle include the power of absolutely prohibiting the forms of passage necessary for the exercise of sovereignty over the enclaves. The British always authorized in that territory a usage adapted to the requirements of this passage. It should be noted that passage was sometimes regulated by agreement with the Portuguese authorities, especially in the transit of police forces (Treaty of 1878 and Agreements of 1913, 1920 and 1940). By this last agreement armed police not exceeding ten in number could pass, provided intimation of their passage was given by post to the British authorities within 24 hours of the passage. If any number exceeding ten were required, the previous practice of obtaining concurrence was to be followed (Indian Annex C, No. 57).

The regulations issued by the British Government were designed to define passage, to govern the details of its exercise. Most of them were police regulations laying down restrictions on, and, in exceptional cases, prohibitions of freedom of transit. During the whole of the British period there were two prohibitions, in respect of salt and alcohol. Such restrictions are common and frequent where rights have to be regulated; it is not permissible to infer that this governmental activity meant that the rights did not exist. The same is true when this power of regulation is applied to the right of passage in its different forms, either for the purpose of maintaining order or to improve financial administration. Such regulations, far from constituting a denial of the right of passage, are strong confirmation of it and clearly define its sphere of application.

At one moment the British authorities even contemplated establishing a corridor between the two Portuguese territories, but the plan was not ultimately adopted. The proposal, however, corroborated the view, often expressed in correspondence between the British and Portuguese authorities, that the enclaves were in a special position and that their communications required to be assured and facilitated. This cession of territory, a British official said, "would give free access to the Portuguese pargana of Nagar-Aveli" (Annex F, No. 58).

La contribution du Portugal aux frais pour la réparation d'un tronçon de route aux enclaves, dans la partie britannique, en 1900 et 1926, paraît confirmer la nécessité de ce droit d'accès aux enclaves.

Les autorités portugaises n'avaient pas besoin de réclamer constamment un droit qui leur était reconnu. Le gouverneur portugais dans la note du 27 mai 1892 (annexe C n° 41) soutient que « le transit (entre Damao et Nagar-Aveli) était libre lorsque le traité de 1878 était en vigueur et il en était de même avant le traité ». Et il ajoute : c'était « la pratique suivie et observée antérieurement, avant l'entrée en vigueur du traité du 26 décembre 1878 ». Ce traité, qui est resté en vigueur de 1879 jusqu'à 1892, établissait un régime général pour les territoires des deux contractants dans l'Inde : il venait ratifier un droit de passage déjà établi, pour les communications avec les enclaves. Quand le traité de 1878 prit fin, le droit de passage a subsisté.

Il n'est pas contesté que, pendant toute la période britannique, le passage aux enclaves fut pratiqué sur la base des réglementations établies. Cette situation dura pendant 130 années, sans interruption, de façon continue et paisible. La route aux enclaves depuis Damao et *vice versa* resta ouverte pendant cette longue période ; sur ce fait aucun doute ne s'éleva entre les deux Gouvernements.

Pendant cette longue période une volonté s'est manifestée soit implicitement, soit expressément par des accords et réglementations. Ces faits révèlent une conscience commune que traduisait la conviction des deux Gouvernements sur le droit de passage aux enclaves. Il faut voir dans ces faits la preuve de l'agrément des autorités britanniques à ce droit. Ce qui « est » devient ce qui « doit être ».

La notion d'effectivité a une grande importance dans le droit international. Dans le présent cas, l'effectivité du fait du passage doit s'examiner dans sa durée et dans son acceptation par les deux Gouvernements en cause. Cette effectivité de l'exercice du passage aux enclaves, pratiqué avec régularité, contribue à l'élaboration d'un droit.

Cette notion d'effectivité a été retenue comme facteur concluant pour la décision de certaines situations que créent les rapports entre États. Notre Cour l'a fait valoir dans l'affaire *Nottebohm* (C. I. J. *Recueil* 1955, pp. 56 et ss. et 62 et 299) et antérieurement, dans l'affaire des *Minquiers et des Écréhous* (C. I. J. *Recueil* 1953, pp. 60-66, 67-70).

La doctrine se maintient fidèle à cette idée.

Un fait répété continuellement, pendant une longue durée, loin d'affaiblir cet usage, le fortifie davantage ; un rapport naît entre ce fait et la volonté des États qui l'ont autorisé. La répétition de ces faits réitérés, qui revêtent une grande ancienneté, donne lieu de la part de l'État qui l'exécute et de la part de l'État qui les tolère à la croyance au respect dû à cette pratique de long usage (article 38, lettre b), du Statut de la Cour).

Portugal's contribution to the cost of repairing a section of the road leading to the enclaves, on British territory, in 1900 and 1926 appears to confirm the necessity of this right of access to the enclaves.

The Portuguese authorities had no need to be continually claiming a right that was recognized as theirs. In his Note of 27 May 1892 (Annex C, No. 41) the Portuguese Governor asserts that "transit (between Daman and Nagar-Aveli) was free while the Treaty of 1878 was in force, and it was so before the Treaty". He adds that this was "the practice followed and observed formerly, before the Treaty of 26 December 1878". This Treaty, which remained in force from 1879 until 1892, established a general regime for the territories in India of the two contracting parties; it ratified an already established right of passage for purposes of communication with the enclaves. When the Treaty of 1878 came to an end, the right of passage continued to exist.

It is not disputed that throughout the British period passage to the enclaves was maintained on the basis of the established regulations. That situation continued peacefully and without interruption for 130 years. Throughout that long period the road between Daman and the enclaves remained open; no disagreement arose between the two Governments on that point.

All this time a deliberate intention was manifested, either implicitly or expressly in agreements and regulations. This indicates a common awareness reflecting the conviction of the two Governments as to the right of passage to the enclaves. It must be regarded as evidence that the British authorities recognized that right. What "is" becomes what "must be".

The concept of effectiveness is of great importance in international law. In the present case the effectiveness of the fact of passage should be regarded from the standpoint of its duration and of its acceptance by the two Governments concerned. This effective exercise of passage to the enclaves, regularly kept up, contributes towards the establishment of a right.

This notion of effectiveness has been regarded as a decisive factor in the solution of certain problems arising out of relations between States. The Court relied upon it in the *Nottebohm* case (*I.C.J. Reports 1955*, pp. 56 *et seq.*, 62 and 299), and, at an earlier date, in the *Minquiers and Ecrehos* case (*I.C.J. Reports 1953*, pp. 60-66, 67-70).

Legal opinion is faithful to this concept.

The continual repetition of an act over a long period does not weaken this usage; on the contrary, it strengthens it; a relationship develops between the act and the will of the States which have authorized it. The recurrence of these acts over so long a period engenders, both in the State which performs them and in the State which suffers them, a belief in the respect due to this long-established practice (Article 38 (1) (b) of the Statute of the Court).

Un droit de passage est susceptible d'être acquis sur la base d'une pratique effective, tout comme la souveraineté territoriale. Un fait observé pendant de longues années, comme dans le cas présent, obtient une force obligatoire et revêt le caractère d'une règle de droit.

Le chemin des enclaves a été fréquenté pendant 170 années consécutives par les Portugais sans opposition. L'effectivité d'accès aux enclaves a créé un *statu quo* juridique, auquel un État ne peut, unilatéralement, déroger. Ce *statu quo* juridique est l'œuvre des États à travers de longues années et a la force d'un accord. Un changement dans cette situation modifierait une pratique et un usage traditionnellement admis, acceptés et tolérés. Un certain ordre, en cette matière, a été établi et a été reconnu par les deux États, dont le but était d'assurer certains rapports entre eux, en vue de l'accomplissement de leurs fonctions étatiques. Une atteinte portée à cet ordre, sans une excuse juridique valable, crée une situation contraire au droit.

La Cour permanente d'arbitrage, dans un des motifs de la sentence rendue le 23 octobre 1909 dans l'affaire des *Grisbadarna*, a notamment dit : « que, dans le droit des gens, c'est un principe bien établi qu'il faut s'abstenir autant que possible de modifier l'état de choses existant de fait et depuis longtemps » (*Revue générale de droit international public*, 1910, p. 186).

Le passage n'est pas un simple fait, mais un fait juridique, qui s'attache à un ordre juridique, établi d'ailleurs, concrètement, par les règlements émanés de l'État sur le territoire duquel s'exerce ce passage. Des droits et des obligations ont été créés entre les deux États intéressés. Pour l'État qui accorde le passage naît une obligation juridique en faveur de l'État bénéficiaire; celui-ci a donc le pouvoir de réclamer une certaine protection juridique s'il croit qu'elle a été méconnue.

Dès le premier jour de l'indépendance de l'Inde, de 1947 jusqu'à l'année 1953, le *jus communicationis* aux enclaves a pu se réaliser et s'effectuer sans obstacle. En effet, l'Inde reconnaissait la souveraineté territoriale du Portugal dans les enclaves. La demande de transfert des territoires portugais faite par le Gouvernement indien en 1950 et 1953 est là pour le prouver. Tout au début de cette période il y a eu même une réglementation pour le faciliter; des droits de douane furent abolis ainsi que l'interdiction du sel.

La contribution de Goa aux travaux des aqueducs de Lavaxa, pour éviter l'interruption des communications entre Damao et Silvassa, vient fortifier l'esprit d'entente de deux Gouvernements sur la nécessité de ces communications.

Au moment même de la crise des rapports entre les deux Gouvernements, pendant les années 1953 et 1954, on ne fit valoir, en aucune

A right of passage, like territorial sovereignty, may be acquired on the basis of an effective practice. A fact observed over a long period of years, as in the present instance, acquires binding force and assumes the character of a rule of law.

The Portuguese regularly travelled to and from the enclaves without opposition for 170 consecutive years. The effectiveness of access to the enclaves created a legal *status quo* which no State can unilaterally infringe. This legal *status quo* is the work of States over a long period of years and has the force of an agreement. A change in the situation would alter a practice and a usage traditionally admitted, accepted and tolerated. A certain order was established in this matter and was recognized by the two States, its purpose being to ensure certain relations between them in order to facilitate the discharge of their governmental functions. A breach of that order committed without a sound legal excuse creates an unlawful state of affairs.

The Permanent Court of Arbitration in one of the grounds of its Award given on 23 October 1909 in the *Grisbadarna* case said, in particular, that "it is a settled principle of the law of nations that a state of things which actually exists and has existed for a long time should be changed as little as possible" (English translation from Scott, *The Hague Court Reports*, p. 130).

Passage is not a simple fact, but a legal fact, connected with a legal order of things, established, moreover, in concrete form by regulations issued by the State through the territory of which passage is to be effected. Rights and obligations have been created between the two States concerned. For the State which grants passage there arises a legal obligation towards the State which benefits therefrom; the latter State is therefore entitled to claim a certain legal protection if it feels that the obligation has been disregarded.

* * *

From the first day of India's independence in 1947 until 1953, the *jus communicationis* in respect of the enclaves was exercised without impediment. Indeed India acknowledged Portuguese territorial sovereignty within the enclaves. This is evidenced by the Indian Government's request in 1950 and 1953 for the transfer of the Portuguese territories. At the very beginning of this period regulations were even passed to facilitate it: customs duties were abolished and so was the salt ban.

The contribution by Goa towards the construction of the Lavacha culverts, to avoid interruption of communications between Daman and Silvassa, is confirmation that the two Governments shared the view that these communications were necessary.

Even when relations between the two Governments became critical in 1953 and 1954, it was never suggested that the right of passage

circonstance, que le droit de passage n'existait pas. Le 6 août 1954, quand le Gouvernement portugais réclama expressément ce droit, le Gouvernement indien ne fit aucune réserve. Aucune des mesures contre le passage ne se fondait sur des arguments juridiques. Il n'avança pas que le Portugal n'avait aucun droit de passage. Cette thèse n'est apparue que dans la présente affaire.

Le Gouvernement indien reconnaît que dès 1953 seulement furent appliqués des « droits stricts » en matière de transit entre Damao et les enclaves. Il ajoute : « ces droits ont été abondamment reconnus pendant toute la période britannique » (duplique, n° 417). Mais ces « droits stricts » admettaient quand même le droit de passage singulièrement réduit.

On ne peut concevoir des petites enclaves, comme celles de Dadra et de Nagar-Aveli, d'une superficie de moins de 500 km carrés, sans une communication, sur une route de 13 km 200 mètres à travers le territoire enclavant.

Toutes les enclaves existantes dont l'histoire fait mention ont toujours joui, de façon expresse ou tacite, d'un droit de passage. Une enclave sans ce droit est une espèce introuvable. Une enclave suppose nécessairement le droit d'y parvenir pour l'exercice de fonctions étatiques sur ce territoire.

Si le principe de la liberté du transit international ne se heurte plus guère à l'interdiction de passage édictée au nom de la souveraineté territoriale, *a fortiori* ne pourrait-on alléguer celle-ci pour révoquer le transit à une enclave, longuement pratiqué. Le droit de passage découlant du traité de 1779 et d'une pratique plus que séculaire trouve son fondement dans la coutume locale ; il n'est donc pas nécessaire de rechercher s'il a son appui dans d'autres sources, comme la coutume générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

En conséquence, la première conclusion finale du Gouvernement portugais doit recevoir une réponse affirmative.

* * *

Le droit de passage ainsi reconnu, sans défaillance, commença à supporter, surtout depuis le second semestre de 1953, quelques entraves dans son exercice ; c'est le moment où les relations diplomatiques entre l'Inde et le Portugal souffrent une crise née du refus du Gouvernement portugais d'accéder au transfert de ses territoires indiens. Les exigences formelles pour l'exercice du passage s'accroissent alors singulièrement. Il suffit de le constater, sans qu'il soit indispensable de les indiquer en détail.

Après la fermeture de la légation indienne à Lisbonne, le 11 juin 1953, on imposa un passeport et un visa au gouverneur de Damao et aux fonctionnaires portugais européens (mémoire, annexes 35

did not exist. On 6 August 1954, when the Portuguese Government explicitly claimed that right, the Indian Government made no reservation. The measures then taken against passage were none of them based upon legal arguments. India did not contend that Portugal had no right of passage. That contention was put forward for the first time in the present proceedings.

The Indian Government admits that it did not stand upon its "strict legal rights" in the matter of transit between Daman and the enclaves until 1953. "These rights", it adds, "had been well recognized throughout the British period." (Rejoinder, paragraph 417.) But these "strict legal rights" did recognize a certain, though much restricted, right of passage.

It is impossible to imagine small enclaves like those of Dadra and Nagar-Aveli, with an area of less than 500 square kilometres, without communications along a road of 13 km. 200 m. through the enclaving territory.

All existing enclaves known to history have always enjoyed a right of passage, expressly or tacitly. It would be impossible to discover an enclave without that right. An enclave necessarily presupposes a right of access to it for the exercise of governmental functions on its territory.

If the principle of international freedom of transit scarcely encounters any longer any prohibition of passage on the basis of territorial sovereignty, still less can that sovereignty be adduced as a reason for withdrawing a long-practised right of transit to an enclave. The right of passage derived from the 1779 Treaty and from more than a century of practice has its foundation in local custom; there is therefore no need to consider whether it finds support in other sources such as general custom or the general principles of law recognized by civilized nations.

Consequently, the first of the final submissions of the Portuguese Government should be upheld.

The right of passage thus consistently recognized began to meet with certain impediments, particularly as from the second half of 1953; this was when a crisis arose in the diplomatic relations between India and Portugal due to the refusal of the Portuguese Government to agree to the transfer of its Indian territories. The formalities required for the exercise of passage were at that time greatly increased. It is sufficient to mention this fact without giving details.

After the closing of the Indian Legation in Lisbon on 11 June 1953 the Governor of Daman and European Portuguese officials were required to obtain passports and visas (Memorial, Annexes 35

et 36). Ce changement de *statu quo ante* fut dénoncé par les autorités portugaises (mémoire, annexes 37, 38, 39 et 40).

Le 17 juillet 1954, le consul général de l'Inde à Goa communique une série de changements « aux concessions octroyées jusqu'à présent à l'administration portugaise de Damao et de Nagar-Aveli » ; une de ces restrictions se référait à la prohibition du transit des armes à feu, de munitions et du matériel militaire. Cette même interdiction de traverser le territoire s'applique aux agents armés de la police ou de l'armée portugaise. C'était déroger au régime établi de l'autorisation préalable en cette matière dans chaque cas. Le Gouvernement indien retient ainsi sur cette modalité de passage une compétence discrétionnaire, qui n'existait pas auparavant. Cette innovation du Gouvernement indien méconnaissait le droit de passage. Il n'y avait pas une interdiction générale, en cette matière, laquelle aurait porté une atteinte grave au droit de passage. Ce droit était admis, mais soumis à une autorisation qui n'était pas abandonnée au pouvoir discrétionnaire illimité du Gouvernement indien. Une exigence d'autorisation pour l'exercice d'un droit ne signifie pas que ce droit n'existe pas, bien au contraire, elle implique souvent son existence. La permission ne crée pas le droit, elle permet, simplement, la possibilité de son exercice. Le passage de forces armées devait être autorisé, avant tout exercice, pour examiner les conditions dans lesquelles une telle activité allait se pratiquer. L'Inde devait résoudre chaque demande d'autorisation de bonne foi et conformément au but du passage, sans se laisser influencer par des considérations contraires à la finalité du passage.

La formalité de l'autorisation préalable est parfaitement compatible avec l'existence d'un droit de passage.

La Charte des Nations Unies conçoit un droit de passage des forces armées de l'Organisation sur les territoires des États Membres, conformément aux accords spéciaux qui auront été conclus avec le Conseil de Sécurité (art. 43, par. 1 et 2). Ces accords pourraient établir la nécessité d'une autorisation de la part de l'État sur le territoire où va s'exercer le passage, ou à une notification à cet État, sans qu'une telle formalité méconnaisse ce droit.

Telle était expressément la situation prévue par le traité de 1878, dans son article XVIII, alinéa 3, qui reconnaissait le transit des forces armées des États contractants, dans leurs territoires, sous réserve d'une autorisation. Les deux États avaient un droit à l'autorisation. Dans le cas d'octroi de l'autorisation, rien ne s'opposait au passage ; dans le cas du refus de l'autorisation on constatait les obstacles que soulevait, à ce moment, l'exercice du passage. Dans ces deux situations le transit continuait d'être un droit.

Pareillement, le passage des bâtiments de guerre dans les eaux territoriales qui font partie des routes internationales est considéré comme un droit, dérivé d'une règle coutumière du droit international, et rien ne s'oppose à ce que l'État riverain, dans sa régle-

and 36), a change in the *status quo ante* against which the Portuguese authorities protested (Memorial, Annexes 37 to 40).

On 17 July 1954 the Consul-General of India at Goa communicated a number of changes "in the concessions hitherto granted to the Portuguese Administration of Daman and Nagar-Aveli"; one of these restrictions referred to the ban on the transit of firearms, ammunition and military stores. The prohibition also covered the passage of armed police and Portuguese military personnel. These were departures from the established system of prior authorization in this respect in each instance. The Indian Government thus assumed over this form of passage a discretionary power which did not previously exist. This innovation of the Indian Government ignored the right of passage. There was no general prohibition in the matter, which would have been a serious infringement of the right of passage. This right was accepted but made subject to an authorization not left to the unfettered discretion of the Indian Government. The fact that the exercise of a right requires authorization does not mean that the right is non-existent; on the contrary, it often implies that it does exist. The permission does not create the right, it simply enables it to be exercised. Authorization was required before the passage of armed forces could be exercised, in order that consideration might be given to the conditions under which such action was to take place. India was bound to settle each request for authorization in good faith and with due regard to the purpose of such passage, uninfluenced by considerations extraneous to that purpose.

The formality of prior authorization is perfectly consistent with the existence of a right of passage.

The Charter of the United Nations envisages a right of passage for the armed forces of the Organization across the territories of its Member States, in accordance with special agreements concluded with the Security Council (Article 43, paras. 1 and 2). Those agreements might establish the need for authorization by the State through the territory of which passage is to be effected or for notification to that State; but such a formality would not negative the right.

That was the situation expressly provided for in Article XVIII, paragraph 3, of the Treaty of 1878, which recognized the passage of armed forces of the Contracting States across their respective territories, subject to authorization. Both States had a right to this authorization. If permission was granted, nothing stood in the way of passage; if it was refused, the objections at that time to the exercise of passage were pointed out. In both these situations transit continued to be a right.

Similarly, the passage of warships through territorial waters which constitute international routes is regarded as a right derived from a customary rule of international law, and there is nothing to prevent a riparian State, in the regulation of that right, from

mentation de ce droit, puisse inscrire dans les textes la notification ou autorisation préalable. Le droit de passage subsiste quand même.

Dans la nuit du 21 au 22 juillet 1954, des personnes venues du territoire indien pénétrèrent dans l'enclave de Dadra; les autorités portugaises furent dépossédées de leurs fonctions. Le Gouvernement portugais, dans deux notes, des 24 et 26 juillet suivants, demanda au Gouvernement indien de permettre le passage des forces nécessaires pour rétablir l'ordre bouleversé; le 28 juillet, ce Gouvernement rejeta catégoriquement la demande de transit de troupes et de forces de police (mémoire, annexe 52).

Le 29 juillet, une autre pénétration eut lieu dans l'enclave de Nagar-Aveli; les autorités locales furent également supprimées et des éléments rebelles occupèrent cette enclave, qu'ils retiennent en leur pouvoir.

Les demandes d'envoi de délégués du gouverneur de Damao et de tierces Puissances, d'enquête et d'observation impartiale proposés par le Gouvernement portugais au Gouvernement indien ne purent obtenir satisfaction. Dès lors les deux enclaves restèrent sans contact avec Damao. L'exercice du droit de passage resta définitivement suspendu dans les deux enclaves.

Les suspensions apportées au passage par le Gouvernement indien sont donc antérieures aux événements de juillet 1954 ou immédiatement postérieures à ceux-ci. Le Gouvernement indien ne s'est donc pas conformé aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal.

La troisième des conclusions finales portugaises est ainsi libellée :

« a) déclarer sans fondement les thèses de l'Inde reprises ci-dessus, sous les lettres A, B et C;

b) en ce qui concerne la thèse de l'Inde reprise ci-dessus, sous la lettre D:

1. si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage de forces armées portugaises ne se trouvent pas réalisées,

dire et juger

que l'Inde doit mettre fin aux mesures par lesquelles elle s'oppose à l'exercice du droit de passage du Portugal;

2. si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage de forces armées portugaises se trouvent réalisées,

dire et juger

que ledit passage sera momentanément suspendu, mais que cette suspension devra prendre fin dès que l'évolution de la situation en aura fait disparaître la justification;

including in its regulations the requirement of prior notification or authorization. The right of passage subsists none the less.

In the night of 21/22 July 1954 a number of persons entered the Dadra enclave from Indian territory; the Portuguese authorities were divested of their functions. In two Notes dated 24 and 26 July the Portuguese Government requested the Indian Government to permit the passage of the forces necessary to restore order; on 28 July the latter Government categorically rejected this request for the transit of troops and police (Memorial, Annex 52).

On 29 July the enclave of Nagar-Aveli was entered in its turn; there, too, the local authorities were deposed and rebel elements occupied the enclave, which is still in their power.

No satisfaction was obtained from requests made by the Portuguese Government to the Indian Government for permission to send delegates of the Governor of Daman and of third powers as impartial investigators and observers. The two enclaves were thus left without any contact with Daman. The exercise of the right of passage was definitely suspended in both enclaves.

The Indian suspensions of passage thus preceded the events of July 1954 and followed immediately thereon. The Government of India therefore failed to comply with the obligations incumbent upon it by virtue of Portugal's right of passage.

* * *

In the third of its final submissions Portugal asks the Court:

“(a) to hold that the arguments of India set out above under A, B and C are without foundation;

(b) as to the argument of India set out above under D:

1. If the Court is of opinion that the above-mentioned conditions which must be satisfied to justify the suspension of the passage of Portuguese armed forces are not fulfilled,

to adjudge and declare

that India must end the measures by which it opposes the exercise of the right of passage of Portugal;

2. If the Court is of opinion that the above-mentioned conditions which must be satisfied to justify the suspension of the passage of Portuguese armed forces are fulfilled,

to adjudge and declare

that the said passage shall be temporarily suspended; but that this suspension shall end as soon as the course of events discloses that the justification for the suspension has disappeared;

que pendant cette suspension, l'Inde devra s'abstenir de toute mesure pouvant fortifier la position des adversaires du Gouvernement légal dans les enclaves et provoquer ainsi l'aggravation ou la prolongation des circonstances invoquées à l'appui de ladite suspension;

qu'il n'existe, pour l'Inde, aucune raison légitime de demander que les autres modalités de l'exercice du droit de passage soient également suspendues. »

Il n'est pas dans la mission de la Cour de statuer dans le dispositif de son arrêt sur les thèses signalées dans les lettres *a)* et *b)* qui pourront seulement être examinées, si cela est nécessaire, dans la motivation du jugement.

Il ressort clairement que cette conclusion finale du Gouvernement portugais comprend deux demandes, n° 1 et n° 2. Les deux sont conditionnées par l'état actuel dans les enclaves et se rapportent au passage de forces armées portugaises.

Une première remarque s'impose sur la situation présente aux enclaves.

C'est un fait qui ne peut être écarté du débat que le peuple des enclaves, dès le mois de décembre 1954, et peut-être avant, s'est constitué en gouvernement libre sur le territoire des enclaves. Une telle situation de fait existait au moment où la Cour a été saisie de la requête, le 22 décembre 1955.

Le droit de passage considéré comme un tout est né et s'est exercé à des époques normales où les enclaves étaient sans conteste sous la souveraineté effective portugaise. Il en était ainsi depuis les années 1783 jusqu'au mois de juillet 1954. Cette longue pratique ne fut jamais troublée par des faits mettant en cause l'autorité portugaise. Le droit de passage, dans ses différentes modalités, a été exercé dans des circonstances pacifiques.

Un tel droit n'a pas été accordé pendant la longue pratique signalée antérieurement pour une situation comme celle qui s'est créée aux enclaves. L'existence d'un gouvernement de fait dans celles-ci est une éventualité non prévue et nouvelle dans la pratique habituelle du droit de passage.

Ces changements survenus aux enclaves affectent les causes qui ont donné naissance au droit de passage et ont naturellement leur effet, soit sur le droit de passage en lui-même, soit sur ses modalités d'exercice. De tels faits nouveaux conduisent à soutenir soit la suspension du droit reconnu, soit l'extinction de celui-ci. Dans un cas comme dans l'autre il faut conclure que le passage réclamé doit être considéré impraticable.

(Signé) ARMAND-UGON.

that, during such suspension, India must abstain from any measure which might strengthen the position of the adversaries of the lawful Government in the enclaves and thus provoke the aggravation or prolongation of the circumstances relied upon in support of that suspension;

that there is no legitimate reason entitling India to ask that the other forms of the exercise of the right of passage should likewise be suspended."

It is no part of the Court's duty in the operative part of its Judgment to adjudicate upon the arguments referred to under (a) and (b), which can only be considered, if this is necessary, in the reasoning of the Court's Judgment.

It is clear that this final submission of the Portuguese Government includes two claims, 1 and 2. Both are conditioned by the present state of affairs in the enclaves and relate to the passage of Portuguese armed forces.

A preliminary observation is necessary with regard to the present situation in the enclaves.

It is a fact which cannot be overlooked in these proceedings that the population of the enclaves, in the month of December 1954 or perhaps before, set up for itself a free government in the territory of the enclaves. This factual situation existed when, on 22 December 1955, the Application was submitted to the Court.

The right of passage regarded as a whole arose and was exercised in normal periods when the enclaves were indubitably under effective Portuguese sovereignty. This was the position from the year 1783 until July 1954. This long practice was never disturbed by facts putting Portuguese authority in issue. The right of passage, in its different forms, was exercised in peaceful circumstances.

The right was not granted in the course of the long practice referred to previously for a situation such as that which has arisen in the enclaves. The existence of a *de facto* government there is a contingency not contemplated and one which is new in the habitual practice of the right of passage.

The changes which have occurred in the enclaves affect the causes which gave rise to the right of passage and must naturally have their effect on the right of passage itself or on the ways in which it may be exercised. These new facts must lead to holding either that the right which has been recognized must be suspended or that it has become extinguished. In either case, it must be concluded that the passage claimed must be regarded as incapable of exercise in the present situation.

(Signed) ARMAND-UGON.

OPINION DISSIDENTE DE M. MORENO QUINTANA

J'exprime mon grand regret de ne pouvoir joindre dans cette affaire mon opinion à celle de la majorité de mes collègues de la Cour qui, sur son fond, ont admis, voire même d'une manière limitée et imparfaite, l'existence d'un droit de passage au profit du Portugal sur le territoire indien. Il découle de l'opinion de la majorité une prémisse juridique que je ne puis accepter. Telle, la continuité théorique d'une situation de fait, laquelle a été discontinuée — à mon sens — par les événements de 1954 dans les enclaves. Car celle-ci implique, par définition, la reconnaissance de la prescription comme mode d'acquisition de la souveraineté territoriale, institution de droit privé que j'estime étrangère à la technique du droit international. En plus, la décision de la majorité se place uniquement à une date qui ne lui permet pas de résoudre le problème qui lui est posé dans son entier.

Mon opinion dissidente s'appuie sur les considérations de fait et de droit que je signale à continuation.

Par requête du 22 décembre 1955, le Gouvernement du Portugal introduit une instance contre celui de l'Inde par laquelle il demande à la Cour la reconnaissance d'un droit de passage pour le transit des personnes et des biens, y compris des forces armées « entre son territoire de Damao (Damao du Littoral), ses territoires enclavés de Dadra et de Nagar-Aveli et entre ceux-ci », en vue d'assurer sans restrictions ou difficultés « l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires ». Il lui demande aussi de déclarer que l'Inde viole ses engagements internationaux quand elle empêche l'exercice de ce droit et qu'elle doit mettre fin à cette situation de fait. Le mémoire du demandeur amplifie cette requête et donne les fondements de droit qu'il considère applicables en l'espèce.

Dans son contre-mémoire, le défendeur soutient que la réclamation portugaise est vague et douteuse, que le droit de passage revendiqué manque de base juridique, qu'aucune preuve d'un usage local n'a été rapportée, et que, même dans une situation affirmative, lesdites base ou preuve seraient sans rapport et inapplicables aux circonstances du cas. Le demandeur, à son tour, résume ses conclusions dans sa réplique en manifestant qu'il ne discute pas la souveraineté de l'Inde sur son territoire, et qu'il demande simplement que cet État n'entrave pas les communications avec ses enclaves.

Une preuve documentaire abondante qui remonte au XVIII^{me} siècle a été fournie par chacune des Parties à l'appui de leurs

DISSENTING OPINION OF JUDGE MORENO QUINTANA [Translation]

To my great regret I am unable to associate myself with the opinion of the majority of my colleagues of the Court, who, on the merits of the case, have admitted, though within limits and incompletely, that Portugal has a right of passage over Indian territory. There follows from the majority opinion a legal premise that I cannot accept. That premise is the theoretical continuance of a *de facto* situation which was in my opinion discontinued by what occurred in the enclaves in 1954. It implies, by definition, a recognition that territorial sovereignty can be acquired by prescription, a private law institution which I consider finds no place in international law. Further, the majority decision takes its exclusive stand upon a date which does not allow a settlement of the whole of the problem submitted to the Court.

My dissenting opinion is based upon considerations of fact and of law which I append hereto.

By an Application of 22 December 1955, the Government of Portugal instituted proceedings against the Government of India and asked the Court to recognize a right of passage for persons and goods, including armed forces, "between its territory of Daman (coastal Daman) and its enclaved territories of Dadra and Nagar-Aveli and between each of the latter", in order to ensure, without restrictions or difficulties, "the effective exercise of Portuguese sovereignty in the same territories". It also asked the Court to declare that India was violating its international obligations by preventing the exercise of that right and to adjudge that India should put an end to this *de facto* situation. The applicant's Memorial amplifies this claim and supplies the legal grounds which it considers applicable to the case.

In this Counter-Memorial the respondent argues that the Portuguese claim is vague and dubious, that the right of passage claimed lacks a legal basis, that no proof has been furnished of any local usage and that, even if it were otherwise, the said basis or proof would be irrelevant and inapplicable to the circumstances of the case. The applicant in turn repeated its submissions in its Reply, declaring that it did not question India's sovereignty within its territory and was only asking that India should not obstruct communications with the Portuguese enclaves.

A wealth of documentary evidence going back to the eighteenth century was furnished by each of the Parties in support of their

prétentions respectives. C'est principalement par elle que le demandeur doit démontrer le bien-fondé du droit de passage qu'il réclame, car il ne peut pas discuter qu'en principe le transit des personnes et des biens à travers le territoire d'un État relève de la compétence nationale de celui-ci.

Il s'agit tout principalement, et tout uniquement aussi, de savoir si un droit de passage a existé en faveur du Portugal pour communiquer de Damao avec ses enclaves et entre les enclaves elles-mêmes. Car, dans l'affirmative, l'Inde manquerait à ses obligations internationales en empêchant le Portugal à exercer ce droit. Or l'existence dans les rapports internationaux d'un droit est un fait qui, lorsqu'il est contesté, doit être prouvé par la partie qui l'invoque. Ceci est un principe élémentaire de la procédure.

La tâche que l'on doit remplir dans l'espèce n'est cependant pas si simple étant donné les fréquents changements apportés par le demandeur dans ses conclusions et l'insécurité même qu'il démontre au sujet du fondement de son droit à travers les différentes phases de la procédure. Tantôt il demande, comme il le fait dans sa requête, la reconnaissance ample d'un droit, tantôt il réduit cette ampleur dans son mémoire, tantôt il limite — comme dans sa réplique — l'exercice de ce droit à la réglementation du souverain territorial et il admet que le passage des forces armées pourrait être suspendu momentanément s'il pouvait constituer un élément de trouble pour l'ordre interne de l'État de passage. Or, c'est justement dans la circonstance d'un renversement de la situation dans les enclaves que les besoins du passage de troupes s'avéraient indispensables pour rétablir la prétendue souveraineté portugaise.

Un droit de passage n'est pas une construction abstraite. Il ne peut être défini d'une manière aussi instable et imprécise, et selon des modalités juridiques qui s'opposent les unes aux autres, tel que le fait le demandeur. Ce droit existe ou n'existe pas dans l'ordre juridique. Son existence ne peut être soumise à des fluctuations, à des nuances qu'imposeraient les circonstances. En particulier, la question qui découle du transit de troupes encadrées dans leur formation militaire est inséparable de l'immunité qui les accompagne sur ou à travers un territoire étranger. Elles représentent l'autorité même de l'État. Voilà pourquoi le droit international coutumier leur attribue l'immunité nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Cette immunité est, à mon avis, comme condition juridique nécessaire, irrenonçable. En synthèse, un droit subordonné chaque fois à l'appréciation de l'autorité du lieu de son exercice n'a de tel que le nom. Il ne constitue pas une faculté juridique sinon une tolérance du souverain territorial.

Dans l'ordre international, le moyen normal d'acquérir des droits ou de contracter des obligations est l'accord que l'on dénomme,

claims. It is mainly on the strength of this evidence that the applicant must establish the grounds for the right of passage it claims, since it cannot deny that in principle the passage of persons and goods through a State's territory lies within the domestic jurisdiction of that State.

* * *

The Court must first of all, and indeed exclusively, ascertain whether a right of passage existed in Portugal's favour for communication between Daman and the enclaves and between the enclaves themselves. For, if it did, India would be failing to observe its international obligations by preventing Portugal from exercising that right. The existence of a right in international relations is a fact which, when contested, must be proved by the party which invokes it. That is an elementary principle of procedure.

However, the Court's task is not so simple as that, owing to the frequent changes made by the applicant in its submissions and to the uncertainty it has betrayed at different stages in the case concerning the foundation of its right. At one time, as in its Application, it asks for full recognition of a right, at another, in the Memorial, it reduces the claim, and again, in its Reply, limits the regulation by the

admits that the passage of armed forces could be temporarily suspended if it were liable to create disorder within the State passed through. And it is precisely in the event of a disturbance of the situation in the enclaves that the passage of troops is found necessary in order to restore Portugal's alleged sovereignty.

A right of passage is not an abstract construction. It cannot be defined in the varying, inexact and mutually contradictory terms employed by the applicant. The right either exists in law or it does not. Its existence cannot depend upon fluctuations and fine distinctions dictated by circumstances. In particular, the passage of organized military units is a question that cannot be separated from the immunity they enjoy on or in transit through foreign territory. They represent the authority of the State itself. It is for that reason that customary international law assigns to them the immunity necessary to the performance of their duties. In my opinion that immunity is a necessary legal condition and cannot be waived. In a word, a right that is on each occasion made conditional upon the judgment of the local authority in the place where it is exercised is a right in name only. It does not constitute a legal right; rather it is a faculty tolerated by the territorial sovereign.

In the international sphere the normal method of acquiring rights or of contracting obligations takes the form of an agreement, which

dans le sens le plus large, *traité*. Il se peut aussi que lesdits droits ou obligations soient la conséquence d'une coutume établie entre les parties avec la conviction qu'elles appliquent le droit. Et même — l'article 38 du Statut de la Cour l'admet aussi à son alinéa 1, lettre c) —, ces droits ou obligations peuvent découler d'un principe général de droit reconnu comme tel par les nations civilisées. De toute manière, quoique j'admette que ladite disposition établit un ordre légal de prélation dans l'application des sources du droit international, j'estime que la validité d'un principe général peut suppléer à l'existence d'une coutume internationale, et l'existence d'une telle coutume à celle d'un traité.

Le demandeur ne donne cependant pas une base fixe et concluante à son droit quand il l'appuie tantôt sur un traité, sur une coutume, sur un principe ou subsidiairement sur la doctrine. Chacune de ces sources est — dans sa thèse — par elle-même un fondement suffisant. Il fait aussi un mélange de ces sources quand il dit que le droit qu'il réclame repose à la fois sur les trois principales sources indiquées et il invoque même un titre historique que lui conférerait une pratique deux fois séculaire. La position ne saurait être plus éclectique.

De toute manière, le titre principal du Portugal est le traité dit *de Punem* conclu en 1779 avec le souverain mahratte, lequel aurait fourni au demandeur le droit de passage qu'il réclame. Son analyse en premier lieu est d'une importance capitale pour le juge international toutefois qu'elle démontrera ou non l'exactitude de la base de cette affaire. En effet, l'application de toute autre source que le traité lui-même est logiquement soumise à la question de savoir si le traité a opéré ou non un transfert de souveraineté en faveur du Portugal sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. S'il n'en était pas ainsi, aucun droit de passage ne pourrait découler du fait d'une usurpation territoriale. A l'audience du 2 octobre dernier, le professeur Bourquin a reconnu expressément que le droit de passage réclaté par le Portugal n'est qu'un corollaire de sa souveraineté sur les enclaves.

Cette manière de procéder peut s'avérer utile, toutefois qu'elle évite de marcher sur un terrain glissant. Je considère comme tel celui qui a trait, en l'espèce, aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et même à celui de la coutume générale envisagée comme octroyant *erga omnes* un droit de passage sur le territoire de tiers États reliant, dans l'ordre juridique international, les territoires enclavés à leur métropole. On écarte ainsi, en même temps, la considération d'une théorie aussi discutée et vulnérable que celle des soi-disant servitudes internationales. Quoique le demandeur la renie — c'est une question de terminologie juridique — il l'accepte implicitement quand il a recours aux principes généraux du droit pour appuyer ses prétentions.

in its widest sense is termed a *treaty*. These rights or obligations may also be the consequence of a custom that has become established between the parties from a conviction that they are applying the law. They may even follow, and Article 38 of the Court's Statute acknowledges this in its paragraph 1 (c), from a general principle of law recognized by civilized nations. In any case, although I agree that that Article establishes a legal order of precedence in the application of sources of international law, I consider that the validity of a general principle may take the place of international custom, and the existence of international custom the place of a treaty.

But the applicant fails to supply a firm and conclusive basis for its right when it relies at one time upon a treaty, at another on custom, on a principle or, alternatively, on legal doctrine. According to its argument, each of these sources is of itself a sufficient basis. It also confuses these sources when it says that the right it claims rests at the same time on the three main sources mentioned, and it even invokes an historical title said to be conferred upon it by the practice of two hundred years. Its attitude could not be more eclectic.

However, Portugal's principal title is the treaty known as the Treaty of *Punem*, concluded in 1779 with the Maratha ruler, who is said to have granted to the applicant the right of passage it is claiming. Analysis of this treaty is of the first importance to an international court if it can prove or disprove the soundness of this basis of the case. Indeed, the application of any other source than the treaty is logically conditional upon whether the treaty did or did not transfer to Portugal sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. If it did not, no right of passage could derive from an act of territorial usurpation. At the hearing of 2 October, Professor Bourquin expressly acknowledged that the right of passage that Portugal claims is only a corollary of its sovereignty over the enclaves.

This method of procedure may be found useful whenever it can save the Court from treading upon uncertain ground. I consider to be uncertain ground the reference in this case to the general principles of law recognized by civilized nations and even the reference to general custom viewed as granting *erga omnes* a right of passage through territory of third States linking enclaved territories under the system of international law with the metropolitan country. This method also avoids consideration of a theory so controversial and vulnerable as the theory of so-called international servitudes. Although the applicant denies this--the question is one of legal terminology--it accepts it by implication when it appeals in support of its claim to the general principles of law.

* * *

Selon le demandeur, l'article 17 du traité de Punem aurait établi la souveraineté portugaise sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et prouvé l'intention des Parties de créer un droit de passage entre Damao et lesdites enclaves. Un traité peut évidemment créer une norme juridique comme celle d'un droit de passage, même d'une manière implicite, mais c'est la proposition principale du transfert de souveraineté qui doit être démontrée en l'espèce. Car un droit de passage sur un territoire étranger pour communiquer avec une enclave ne peut se baser que sur la qualité de souverain territorial. Dans aucun des textes de ce traité qui ont été présentés à la Cour il n'est question de la création de ce droit. Leur terminologie est ambiguë et ouvre la porte à tous les doutes. Elle ne traduit nullement un acte si catégorique dans les rapports internationaux comme celui du transfert de la souveraineté territoriale. Les restrictions à la souveraineté des États ne se présument pas, a déclaré la Cour permanente dans l'affaire si connue du *Lotus* (voir *Arrêts*, etc., Série A, n° 10, p. 18).

On serait à même de se demander si ledit accord constitue réellement un traité puisqu'il n'existe aucun document homologué simultanément par les deux parties contractantes qui puisse être considéré comme son texte authentique. Mais une analyse toute superficielle qu'elle soit de la situation, démontre que l'échange de documents — mahratte du 4 mai 1779 et portugais du 17 décembre de la même année — constitue sans doute l'expression d'un accord consensuel créateur de droits et d'obligations réciproques entre deux sujets de droit reconnus comme tels dans les relations internationales. Son article 6 dit clairement qu'un traité bilatéral a été conclu et la preuve documentaire fournie démontre aussi, à maintes occasions, que l'intention des parties a été celle de conclure un traité et qu'elles ont eu conscience de l'avoir fait ainsi. La forme juridique a été celle de l'échange de notes. De son côté, la jurisprudence de la Cour permanente l'a compris de cette manière dans son avis consultatif sur *le régime douanier austro-allemand* (v. *Arrêts*, etc., Série A/B, n° 41, p. 47).

Que dit cet accord? Je prendrai comme base le texte de la traduction mahratte de la version originale portugaise présenté dans l'espèce par le défendeur, lequel porte la signature du vice-roi portugais José Pedro da Camara et figure à l'annexe F, n° 23. Dans son article 17, qui est déterminant dans l'espèce, « l'État Firangee (État portugais de l'Inde) entretient des sentiments d'amitié envers le Pandit Pradhan (souverain mahratte); l'envoyé a transmis ces assurances. En conséquence, il est convenu que le Pandit Pradhan affectera à Damao, à partir de l'année courante, un *jagir* d'un revenu de 12 000 roupies à Prant Damao. En conséquence, un *sanad* énumérant les villages sera octroyé à l'État Firangee par accord séparé. » Ce texte est clair; si clair qu'il fait pleine lumière

According to the applicant, Article 17 of the Treaty of Punem established Portugal's sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and proved the intention of the Parties to create a right of passage between Daman and those enclaves. A treaty can, of course, create a rule of law, such as a right of passage, even by implication, but in this case the main proposition to be proved is the transfer of sovereignty. A right of passage through foreign territory in order to communicate with an enclave can be based only upon the title of territorial sovereign. In neither text of the treaty presented to the Court is there any question of that right having been created. Their terminology is ambiguous and leaves room for doubt of all kinds. But neither of them reveals any act of such positive effect in international relations as the transfer of territorial sovereignty. Restrictions upon the independence of States cannot be presumed, said the Permanent Court in the celebrated *Lotus* case (see *Judgments*, Series A, No. 10, p. 18).

It might even be asked whether the said agreement really constitutes a treaty, since there is no document in existence ratified simultaneously by the two contracting parties and which may be regarded as its authentic text. However, even a cursory study of the situation shows that the exchange of documents—the Marathi text of 4 May 1779 and the Portuguese text of 17 December of the same year—was no doubt the expression of a common agreement creating mutual rights and obligations between two legal persons recognized as such in their international relationships. Article 6 makes it clear that a bilateral treaty was concluded and the documentary evidence produced also shows by many instances that it was the intention of the parties to conclude a treaty and that they were aware of having done so. It took the legal form of an exchange of notes and the jurisprudence of the Permanent Court accepted this form as valid in its Advisory Opinion on the *Austro-German Customs Régime* (see *Judgments*, Series A/B, No. 41, p. 47).

What does this agreement say? I will take my stand on the Marathi translation from the original Portuguese, submitted in this case by the respondent; it bears the signature of the Portuguese Viceroy, José Pedro da Camara, and is to be found at Annex F. No. 23. (Article 17) which is the decisive one, says: "The Firangee State (Portuguese State of India) entertains friendly sentiments towards the Pandit Pradhan (the Maratha ruler); the envoy conveyed assurances. Therefore, it is agreed that the Pandit Pradhan should assign towards Daman from the current year a *jagir* of the revenue of twelve thousand rupees in Prant Daman. Accordingly, a *sanad* listing the villages be given to the Firangee State by making a separate agreement." This text is clear, so clear as fully to explain

sur deux points importants discutés par les Parties: la nature de l'acte conclu et celle de la concession octroyée. En premier lieu, les termes « il est convenu » et « accord séparé » démontrent sans aucun doute qu'il s'agit d'un traité dans le sens large que donnent à ce mot la jurisprudence et la doctrine internationales. En deuxième lieu, le mot « *jagir* » qualifie son objet qui est déterminé par les sentiments d'amitié que portent les Portugais à l'égard des Mahrattes. De toute façon, comparé un texte à un autre, ils ne divergent pas grandement au sujet de ce qui a été donné par les Mahrattes aux Portugais: *jagir* selon ceux-là, *contribucao* d'accord avec ceux-ci. Nulle trace, dans aucun des deux textes, d'un transfert de souveraineté.

Il a été prouvé que le mot mongol *jagir*, qui a son équivalent mahratte dans celui de *saranjam*, signifie l'octroi d'un revenu fiscal et non pas un transfert de souveraineté territoriale. Les Parties ne sont cependant pas d'accord au sujet de la portée de cette concession. Car, tandis que l'Inde soutient qu'elle est un acte gracieux et précaire, révocable au gré du donateur, le Portugal affirme qu'il y avait aussi des *saranjams* héréditaires, perpétuels et irrévocables, tels que ceux qui étaient garantis par un traité, cas qui serait celui de l'espèce. Il n'appartient pas au juge international de prendre position dans un tel débat qui n'a qu'un intérêt historique. Mais il lui sied en tout cas de remarquer qu'aucun des qualificatifs invoqués par le Portugal ne figure dans le texte dudit article 17 du traité de Punem. Dans le doute, il doit s'en tenir à l'interprétation la plus restrictive. La Cour permanente l'a établi ainsi dans son arrêt sur les *concessions Mavrommatis* (v. *Arrêts*, etc., Série A, n° 2, p. 19). Et cette interprétation découle, en l'espèce, de celle que donne le propre bénéficiaire de la concession. Le traité de Punem exprime par conséquent de la part de l'Inde une promesse de donner des sommes d'argent en fonction d'une situation amicale et non pas une transférence de souveraineté sur des villages qui n'étaient pas même identifiés.

Aucune référence non plus n'est faite au sujet de l'attribution d'un droit de passage en faveur du Portugal pour percevoir son *jagir*. Il n'a pas paru utile aux parties d'en parler vu les sentiments amicaux, l'aide et l'assistance militaire des Portugais qui constituaient la contre-partie de la concession octroyée par les Mahrattes. On ne pouvait supposer que la perception du *jagir* fût entravée par le souverain mahratte. En outre, les villages qui devaient servir l'annualité prévue en faveur du Portugal n'étaient pas mentionnés dans le traité; ils devaient l'être postérieurement en vertu d'un *sanad*. Cet acte administratif du souverain mahratte pouvait en décider et réglementer les conditions de l'attribution. Les premières annualités ne furent pas perçues par les Portugais sur aucun village, sinon qu'elles furent versées directement par les Mahrattes. On ne peut concevoir, par conséquent, que ledit droit de passage eût été envisagé par le traité de Punem. C'était une question à résoudre

two important points discussed by the Parties: the nature of the instrument concluded and that of the concession granted. Firstly, the expressions "it is agreed" and "separate agreement" show beyond doubt that the instrument is a treaty in the wide sense given to this word by international jurisprudence and doctrine. Secondly, the word "*jagir*" describes its purpose, which is determined by the friendly sentiments of the Portuguese towards the Marathas. In any event, comparing one text with the other, they do not differ much as to what was given by the Marathas to the Portuguese: according to the former, a *jagir*, according to the latter, a *contribucao*. In neither text is there any vestige of a transfer of sovereignty.

It has been established that the Mogul word *jagir*, corresponding to the Marathi term *saranjam*, means the granting of a fiscal revenue and not a transfer of territorial sovereignty. The Parties, however, are not agreed upon the import of that concession. India maintains that it is a favour granted for an uncertain tenure and revocable at the will of the donor; Portugal declares that there were also *saranjams* that were hereditary, perpetual and irrevocable, such as those guaranteed by a treaty, and that this is one of them. It is not for the Court to adopt a position towards a dispute of purely historical interest. But it may well observe that none of the characteristics invoked by Portugal appears in the text of Article 17 of the Treaty of Punem. Where there is doubt, the Court must stand by the narrower interpretation. This the Permanent Court laid down in its Judgment on the *Mavrommatis Concessions* (see *Judgments*, Series A, No. 2, p. 19). And that interpretation in the present instance is the one given by the beneficiary of the concession. Accordingly, the Treaty of Punem expresses a promise by India to give sums of money as a token of friendship and not a transfer of sovereignty over villages which were not even named.

Nor is there any reference to the assignment to Portugal of a right of passage in order to collect its *jagir*. The Parties saw no need to mention this in view of the friendly sentiments, the aid and military assistance of the Portuguese, all of which formed the consideration for the concession granted by the Marathas. It could not be supposed that the collection of *jagir* would be obstructed by the Maratha ruler. Further, the villages which were to furnish the annual revenue to Portugal were not mentioned in the treaty; they were to be listed later in a *sanad*. That administrative act of the Maratha sovereign was free to decide and regulate the terms of the grant. The first annual payments were not collected by the Portuguese from any village, being paid directly by the Marathas. It cannot therefore be imagined that the said right of passage was contemplated by the Treaty of Punem. In any case it was a question to be settled later, should it be necessary. And it was not so settled,

en tout cas postérieurement si elle s'avérait nécessaire. Et elle ne l'était pas puisque le passage existait comme un complément nécessaire de la perception du *jagir* sans qu'il constituât pour cela un droit indépendant en faveur du Portugal. Mais en 1954, cette situation avait changé. De l'amitié promise en 1779 par les Portugais aux Mahrattes, on était passé à un régime d'hostilités froides entre l'Inde et le Portugal. Les Indiens avaient fermé leur légation à Lisbonne en vue de la négative portugaise à entamer des négociations pour le retrait de sa souveraineté sur certains territoires de l'Inde. Par suite des circonstances, les droits et obligations réciproques découlant du traité de Punem s'étaient éteints. Jamais, dans un cas comme celui-ci, la règle rappelée par Emerich de Vattel dans son bien connu traité, *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*, ne pourrait être mieux appliquée. Le traité de Punem a cessé d'exister, le versement de *jagir* n'a plus été réclamé par le Portugal, le passage entre Damao, Dadra et Nagar-Aveli a perdu sa raison d'être.

Deux accords conclus beaucoup plus tard que le traité de Punem par les Portugais avec les Mahrattes, le 29 mai 1783 et le 22 juillet 1785, complétèrent le régime établi par le traité de Punem. En vertu du premier, c'est la *Pragana* de Nagar-Aveli qui est affectée au revenu fiscal promis. Par le deuxième, c'est le village de Dadra qui est affecté au même revenu. Ce dernier accord établit dans l'article 11 des capitulations qui l'accompagnèrent — dont l'authenticité est mise en doute par l'Inde — l'obligation du Portugal d'étouffer les révoltes qui pourraient éclater dans la *Pragana*. L'on peut en déduire que cette obligation, ni aucune autre de son genre, n'aurait pas été spécialement insérée dans lesdites capitulations si le Portugal avait reçu la *Pragana* en pleine souveraineté. Étouffer des révoltes dans son propre territoire est, en effet, une fonction implicite de la compétence territoriale.

Il a été d'autre part prétendu par le demandeur que, même si le traité de Punem n'avait pas transmis aux Portugais la souveraineté sur les enclaves, ceux-ci l'auraient obtenue en vertu d'un *possessio longi temporis*. Je ne puis retenir cet argument car cette question n'a pas été posée comme faisant partie de l'objet du différend.

* * *

Les données historiques de cette affaire révèlent que la possession entière de Damao est au pouvoir du Portugal depuis le XVI^{me} siècle. Divers traités et accords postérieurs paraissent lui avoir reconnu cette souveraineté qui n'est pas directement en question dans l'espèce. Mais le fait est important pour apprécier l'étendue de la coutume internationale qui aurait créé le droit de passage qu'il réclame entre cette possession et les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli. La pratique de cette coutume s'avérerait deux fois séculaire.

since passage continued to exist as a necessary corollary to the collection of *jagir* and did not thereby constitute a separate right in Portugal's favour. By 1954, however, the position had changed. The friendship promised by the Portuguese to the Marathas in 1779 had given way to a cold war between India and Portugal. The Indians had closed their Legation in Lisbon because of Portugal's refusal to negotiate the surrender of its sovereignty over parts of India. As the result of circumstances the mutual rights and obligations under the Treaty of Punem were extinguished. There could not be a better application than this of the rule recalled by Emerich de Vattel in his well-known treatise: *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*. The Treaty of Punem was no more; Portugal no longer claimed the payment of *jagir*; passage between Daman, Dadra and Nagar-Aveli had no further *raison d'être*.

The system established by the Treaty of Punem was completed by two later agreements between the Portuguese and the Marathas concluded on 29 May 1783 and 22 July 1785. Under the former the promised fiscal revenue was to be collected from the *pargana* of Nagar-Aveli, under the latter, from the village of Dadra. This second agreement established in No. 11 of its accompanying capitulations—their authenticity is questioned by India—an obligation upon Portugal to suppress any revolt that might break out in the *pargana*. From this it may be inferred that neither that obligation nor any similar one would have been specially inserted in those capitulations if Portugal had received the *pargana* with full sovereignty. The suppression of revolt in one's own territory is a function implicit in territorial jurisdiction.

It was further claimed by the applicant that, even if the Treaty of Punem did not transfer to the Portuguese sovereignty over the enclaves, they had acquired it by *possessio longi temporis*. I cannot consider that argument, the question not having been included in the subject of the dispute.

* * *

The history of this case shows that Daman has been in full Portuguese possession since the sixteenth century. Various later treaties and agreements seem to have recognized this sovereignty, which is not a direct issue in the case. The fact, however, is important in estimating the extent of the international custom which is supposed to have created the right of passage between Daman and the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. This custom is claimed to have existed for two hundred years.

Trois périodes se détachent dans le cadre historique des rapports du Portugal avec l'Inde pour examiner les caractéristiques du transit entre Damao et les enclaves. La première est la période mahratte, qui s'étend de 1779 (date de la conclusion du traité de Punem) à 1818, quand la Grande-Bretagne annexa l'empire mahratte. Cette période — selon le demandeur — est celle de formation de la règle juridique coutumière. La deuxième période, qui est la plus longue de toutes, va de 1818 à 1947, moment où l'Inde acquiert son indépendance. Cette période, qui est la période britannique, serait une période de confirmation par les successeurs des Mahrattes de la règle formée antérieurement. La troisième période est celle de l'Inde indépendante, qui comprend de 1947 à 1954, année celle-ci dans laquelle sont intervenus les événements qui discontinuèrent le transit des Portugais entre Damao et les enclaves. Cette dernière période serait celle d'application de ladite règle. Chacune de ces étapes historiques révèle en effet un caractère différent quant à l'exercice dudit transit, lequel doit être analysé d'une manière séparée pour en tirer les conséquences nécessaires.

L'étude de la période mahratte n'est pas très significative quant à la reconnaissance d'un droit de passage en faveur des Portugais. Il n'y a dans cette période aucun acte, aucun fait qui puisse faire penser ainsi. Les Mahrattes ne s'opposèrent pas au transit des fonctionnaires, des individus et des marchandises du Portugal. Une attitude contraire aurait été anormale puisqu'ils lui avaient cédé les revenus des villages de Dadra et de Nagar-Aveli et il fallait bien qu'ils donnassent aux Portugais les moyens de les percevoir. En échange, ils ne leur donnèrent aucune autorisation pour le passage de troupes. Il ne semble par conséquent pas que les Mahrattes eussent abandonné leur souveraineté *de jure* ni *de facto* sur les enclaves malgré qu'ils délivraient chaque fois les autorisations nécessaires pour que ce transit puisse s'exercer. Même, à trois reprises, des saisies faites par les Mahrattes sur lesdits revenus semblent démontrer qu'ils n'avaient pas entendu procéder de la sorte. En synthèse, l'examen de cette période révèle que, chaque fois que le transit se réalisa, ce fut avec la conformité des souverains mahrattes. Il n'a été fourni aucune preuve par le demandeur que son prétendu droit de passage s'exerçât indépendamment de la volonté exprimée en chaque circonstance par le souverain territorial.

Pendant la période britannique surgit, par tolérance envers un pays lié par une alliance séculaire ou par ignorance de la véritable situation juridique du Portugal, un usage assez continu du transit entre Damao et les enclaves. Cependant, aucun indice ne peut être rapporté dans le sens que la Grande-Bretagne ait reconnu le passage qu'elle facilitait au Portugal comme s'il s'agissait d'un droit. Les Britanniques ne paraissent pas avoir renoncé, pas plus que les Mahrattes, à l'exercice des compétences qui incombent au souverain territorial. Damao et les possessions côtières étaient entourées par un cordon frontalier. Le Gouvernement britannique exigeait des

For the purpose of examining the characteristics of passage between Daman and the enclaves, the story of Portugal's relations with India may be divided into three periods. The first is the Maratha period, extending from 1779 (the date of the Treaty of Punem) until 1818, when Great Britain annexed the Maratha Empire. This period, according to the applicant, is that in which the rule of custom took shape. The second and longest of the three periods is from 1818-1947, at which last date India gained its independence. This, the British period, is supposed to be the period during which the rule was confirmed by the successors to the Marathas. The third period is the period of Indian independence, from 1947 to 1954, this last year being the year in which occurred the events that terminated Portuguese passage between Daman and the enclaves. It is in this last period that the rule is said to have been applied. Each of these historical stages really reveals the exercise of passage in a different light, and it must be analysed separately in order that the necessary conclusions may be drawn.

Study of the Maratha period does not tell us very much about the recognition of a right of passage in favour of the Portuguese. No documents and no facts support the theory during this period. The Marathas did not oppose the passage of Portuguese officials, private persons or goods. To have done so would have been abnormal since they had surrendered to Portugal the revenues of the villages of Dadra and Nagar-Aveli and they were bound to provide the Portuguese with the means of collecting them. On the other hand, they granted them no authorization for the passage of troops. It therefore does not appear that the Marathas had abandoned their *de facto* and *de jure* sovereignty over the enclaves despite the fact that they issued the necessary permits for every such passage. On three occasions the Marathas even confiscated the said revenues, which seems to show that they had no intention of surrendering sovereignty. In a word, an examination of this period shows that passage always took place with the agreement of the Maratha sovereigns. The applicant furnished no evidence that its alleged right of passage was exercised independently of the express will of the territorial sovereign in every case.

During the British period passage between Daman and the enclaves became a more or less regular usage, either out of consideration for a country bound to Britain by an ancient alliance or from ignorance of what was Portugal's real position in law. At the same time there is no indication that Great Britain recognized the passage it granted to Portugal as though it were a right. The British do not seem to have renounced exercise of the powers of the territorial sovereign any more than the Marathas did. Daman and the coastal possessions were surrounded by a frontier cordon. The British Government required that Portuguese officials of European origin

passesports et des visas pour les fonctionnaires portugais d'origine européenne qui traversaient le territoire indien d'une possession portugaise à une autre. Rappelons qu'en vertu du traité conclu le 13 juin 1817 entre la Compagnie anglaise des Indes orientales et l'empire mahratte, la souveraineté sur cette partie du territoire indien passa à la Couronne britannique. Cette situation se maintint jusqu'au 15 août 1947 quand fut reconnue par la Grande-Bretagne l'indépendance de l'Inde. Les obligations du souverain territorial passèrent au conquérant en application des règles qui visent la succession des États. Aucun acte juridique du Gouvernement britannique n'a modifié le *status juris* établi par les souverains mahratte au sujet des soi-disant enclaves. Ni le Portugal ne pouvait réclamer plus de droits qu'il n'avait auparavant, ni la Grande-Bretagne se les attribua. Dans de telles conditions, aucun usage en matière de transit durant cette période ne put se transformer en une pratique susceptible d'engendrer une coutume internationale opposable à n'importe quel successeur territorial.

Une fois devenue indépendante, l'Inde ne changea pas fondamentalement le système établi. N'oublions pas que l'Inde, comme successeur territorial, ne l'était nullement d'une manière originale puisqu'il s'agissait d'un État qui recouvrait une indépendance qu'il avait jadis eue. Sa situation juridique remontait d'un coup plus d'un siècle dans l'histoire comme si rien, pendant l'occupation britannique, ne s'était passé. Dadra et Nagar-Aveli apparaissent comme des enclaves ouvertes en territoire indien. L'importation de marchandises de Damao aux enclaves se réalisait comme si elle le fut dans ce territoire. Aucune difficulté insurmontable ne s'éleva jusqu'au 27 février 1950, date à laquelle le ministre indien à Lisbonne remit au Gouvernement portugais un aide-mémoire proposant l'ouverture de négociations pour fixer les conditions de la remise des territoires portugais à l'Inde. Face à la négative du Portugal, le Gouvernement indien communiqua le 26 mai 1953, à celui de ce pays, la fin de sa mission diplomatique au Portugal. Dès lors commença de la part du Gouvernement indien une série de restrictions qui entrava considérablement les communications entre Damao et les enclaves. Celles-ci furent interrompues définitivement le 21 juillet 1954 comme conséquence des événements qui eurent lieu dans les enclaves.

* * *

Appuyer sans une preuve catégorique et concluante la demande du Portugal en l'espèce, qui implique la survivance du système colonial, c'est marcher à rebours dans le cadre de la Charte des Nations Unies.

Juge de sa loi — la Charte des Nations Unies — et juge de son temps, celui de l'indépendance de tous les peuples de la terre, la Cour internationale de Justice ne peut pas tourner le dos à la réalité

passing through Indian territory from one Portuguese possession to another should carry passports and visas. It must be remembered that, under the treaty concluded on 13 June 1817 between the British East India Company and the Maratha Empire, sovereignty over this part of Indian territory passed to the British Crown, and that situation continued until 15 August 1947 when Great Britain recognized the independence of India. The obligations of the territorial sovereign passed to the conqueror in application of the rules governing succession by States. No legal act by the British Government altered the *status juris* established by the Maratha rulers with regard to the so-called enclaves. Portugal could not claim any more rights than it had previously possessed, nor could Great Britain arrogate such to itself. In those circumstances no usage in the matter of passage during this period could be transformed into such a practice as to create an international custom invocable against any territorial successor.

When it became independent, India made no fundamental change in the established system. We must not forget that India, as the territorial successor, was not acquiring the territory for the first time, but was recovering an independence lost long since. Its legal position at once reverted to what it had been more than a hundred years before, as though the British occupation had made no difference. Dadra and Nagar-Aveli figure as open enclaves within Indian territory. Goods were imported from Daman to the enclaves as though they belonged to that territory. No insuperable difficulty arose until 27 February 1950, when the Indian Minister in Lisbon handed to the Portuguese Government an aide-memoire proposing that negotiations should be started to fix the conditions for the handing over of the Portuguese territories in India. After Portugal refused, the Indian Government on 26 May 1953 notified the Portuguese Government of the termination of its diplomatic mission to Portugal. From that moment the Government of India began to impose a number of restrictions which seriously hampered communications between Daman and the enclaves. Those communications were finally cut on 21 July 1954 in consequence of what happened in the enclaves.

* * *

To support the Portuguese claim in this case, which implies survival of the colonial system, without categorical and conclusive proof is to fly in the face of the United Nations Charter.

As judge of its own law—the United Nations Charter—and judge of its own age—the age of national independence—the International Court of Justice cannot turn its back upon the world as it is.

du monde. « Le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques » a dit la Cour permanente d'arbitrage dans sa sentence sur les indemnisations à des particuliers russes (11 XI 1912). Voilà pourquoi cette Charte a mis en œuvre un dispositif juridique qui vise l'indépendance des territoires non autonomes.

Ma conclusion est que — tel que le demande le Gouvernement de l'Inde — il n'a jamais existé un droit de passage en faveur du Portugal entre sa possession côtière de Damão et les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli, ni entre celles-ci. Le Gouvernement du Portugal aurait dû être, en mon opinion, débouté de son action.

(Signé) Lucio M. MORENO QUINTANA.

"International law must adapt itself to political necessities", said the Permanent Court of Arbitration in its award on indemnities to Russian individuals (11 XI 1912). That is the reason why the Charter made legal provision to cover the independence of non-self-governing territories.

My conclusion is that, as the Government of India submits, there has never existed a Portuguese right of passage between its coastal possession of Daman and the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli nor between those enclaves. In my opinion the claim of the Portuguese Government should have been dismissed.

(Signed) Lucio M. MORENO QUINTANA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR PERCY SPENDER

I greatly regret that I cannot agree with the Judgment of the Court on certain important issues, though I do agree with certain of its conclusions.

As to the Fifth and Sixth Preliminary Objections of the Republic of India to the jurisdiction of the Court, I agree that these cannot be sustained.

On the merits I agree: that Portugal in 1954 had acquired by local custom a right of passage to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, subject however to the regulation and control of India, which right extended at least to the passage of private persons, Portuguese civil officials and goods in general.

I am unable, however, to agree that no right of passage had been acquired by it in respect of armed forces or armed police or arms and ammunition, or that India did not act contrary to its obligation resulting from the right of passage which the Court has found to have been acquired by Portugal. I shall state my reasons.

* * *

I do not think it necessary to determine whether, under the Treaty of Punem and the *Sanads* of 1783 and 1785, sovereignty over the enclaves became vested in Portugal. Whatever was the precise nature of the grant made thereunder, even if it were one in *jagir* or *saranjam*, merely fiscal in character and unilaterally revocable at any time in the absolute discretion of the Marathas, the grant whilst it endured necessarily implied some right of passage in Portugal between Daman and the villages of Dadra and Nagar-Aveli, and the record establishes that during the Maratha period it did imply a right of passage which, for all practical purposes, was under the circumstances then existent, in substance the same as would have resulted had the grant been one of sovereignty over these villages.

The grant was made for the purpose of supporting the Portuguese fortress of Daman. The authority of the Portuguese within the villages included the collection of taxes, the maintenance of order, the punishment of offenders and the power to quell rebellion (see Capitulations of 1785, paras. 3, 4, 7 and 11, Annex 8 to Portuguese Memorial; see also Indian Annex F. No. 40 at p. 181). In point of fact, the Portuguese during the Maratha period exercised passage between Daman and the villages not only for administrative per-

OPINION DISSIDENTE DE SIR PERCY SPENDER

[Traduction]

Je regrette de ne pouvoir me rallier à l'arrêt de la Cour sur certains points importants, tout en étant d'accord avec certaines de ses conclusions.

Au sujet de la cinquième et sixième exceptions préliminaires présentées par la République de l'Inde à l'égard de la compétence de la Cour, je conviens qu'elles ne peuvent être retenues.

Sur le fond, j'admets que le Portugal possédait en 1954 un droit de passage découlant de la coutume locale, dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et sous le contrôle et la réglementation de l'Inde, pour ce qui concerne à tout le moins le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais et des marchandises en général.

Je ne saurais cependant admettre que le Portugal n'eût acquis aucun droit de passage touchant les forces armées, la police armée et les armes et munitions, ni que l'Inde n'ait pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage que la Cour a reconnu au Portugal. J'en exposerai les raisons.

* * *

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de déterminer si, aux termes du traité de Poona et des *sanads* de 1783 et 1785 le Portugal jouissait d'une souveraineté sur les enclaves. Quelle qu'ait été la nature de la concession établie par ces documents, même s'il ne s'agissait que d'un *jagir* ou d'un *saranjam* ne présentant qu'un caractère fiscal et révocable à tout moment et unilatéralement à la discrétion absolue des Mahrattes, cette concession, pendant toute sa durée, impliquait nécessairement un droit de passage en faveur du Portugal entre Damao et les villages de Dadra et de Nagar-Aveli, et le dossier prouve qu'au cours de la période mahratte cette concession entraînait un droit de passage qui, en pratique et dans les circonstances de l'époque, était en substance le même que celui qui aurait découlé d'une concession de souveraineté sur ces villages.

La concession a été faite pour l'entretien de la forteresse portugaise de Damao. La souveraineté du Gouvernement portugais sur ces villages comprenait la perception des impôts, le maintien de l'ordre, le châtimement des coupables et le droit de réprimer toute rébellion (voir Capitulations de 1785, par. 3, 4, 7 et 11, annexe 8 au mémoire portugais; voir aussi l'annexe indienne F. n° 40, p. 181). En fait, pendant la période mahratte le Portugal a exercé entre Damao et les villages un passage applicable non seulement au person-

sonnel, but also for armed troops and armed police, to an extent sufficient to enable them to exercise their authority over them.

This authority remained somewhat precarious until about 1814. From then onwards, however, it appears to have been reasonably entrenched.

The record further establishes that the passage between Daman and the villages which in fact took place, was effected in exercise of a right acknowledged by the Marathas. Taxes were levied in kind. Timber, rice and other products were transported to Daman; herds of cattle were driven in the same direction. Stall-holders in the villages brought supplies from Daman. It was necessary for Portuguese officials frequently to pass from Daman to the villages and vice versa; in fact they did so pass and passed freely. When occasion demanded, military officers, men and equipment were sent to them from Daman for the purpose of preserving order.

The Maratha period was in 1818 followed by that of the British.

It has been contended that the British, from the commencement of their rule, refused to be bound by any rights granted to the Portuguese by the Marathas under the Punem Treaty and the *Sanads* of 1783 and 1785. In my view, the record fails to support this contention. It is true that the British did refuse to acknowledge or be bound by certain exemptions from customs and other taxes on "all articles and timber" which might be exported from Nagar-Aveli to Daman, which exemptions the Portuguese claimed had been granted to them as the result of the Treaty, but the record does not support the view that the British refused to accept the Treaty and the *Sanads*.

At the very commencement of the British rule the Portuguese claimed that sovereignty over the villages had been ceded to them by the Marathas. It is improbable that the British would not have made any enquiries of their own in relation not only as to the Treaty and the *Sanads*, but also as to the practice as to passage between Daman and the villages which had existed under the Marathas. The Maratha records relating to the area in which the villages lie, for ten years up to 1818, running into some hundreds of bundles, were despatched from Poona to the British in Bombay on 6 December 1818. There is specific evidence that the British did make some enquiries both in 1819 and 1859. It is in any event beyond dispute that, from the commencement of and throughout British rule, whatever the premises on which their conduct was based, the British treated the Portuguese as sovereign over the villages (hereafter called "the enclaves"). It is a proper inference from the record that the British were aware of the practice as to passage which was in existence in 1818 and were aware that the Portuguese were exercising that passage under a claim of right.

nel administratif, mais encore aux forces armées et à la police armée dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur ces villages.

Cette souveraineté est demeurée assez précaire jusqu'aux environs de 1814. Il semble toutefois que depuis cette époque elle ait été assez solidement établie.

Le dossier établit en outre que le passage exercé en fait entre Damao et les villages découlait effectivement d'un droit reconnu par les Mahrattes. Les impôts étaient perçus en nature. Le bois, le riz et autres produits étaient envoyés à Damao; le bétail prenait la même direction. Les marchands des villages se fournissaient à Damao. Il était indispensable que les fonctionnaires portugais se rendent fréquemment de Damao dans les villages et vice versa; en fait, c'est ce qu'ils faisaient, et ils le faisaient librement. Lorsque les circonstances l'exigeaient, des officiers, des hommes de troupe et du matériel étaient envoyés de Damao dans les villages en vue du maintien de l'ordre.

La période mahratte a pris fin en 1818 et a été suivie par la période britannique.

On a soutenu que, dès le début de leur souveraineté, les autorités britanniques ont refusé de se reconnaître liées par tous droits accordés au Portugal par les Mahrattes en vertu du traité de Poona et des *sanads* de 1783 et de 1785. J'estime que les écritures ne corroborent pas cette affirmation. Il est vrai que les autorités britanniques ont refusé de reconnaître certaines exemptions portant sur les droits de douane et autres taxes affectant « tous articles et bois » pouvant être exportés de Nagar-Aveli à Damao, ou d'être liées par ces exemptions que les Portugais affirmaient leur avoir été accordées par le traité, mais rien dans le dossier ne confirme que les autorités britanniques aient refusé d'accepter le traité et les *sanads*.

Dès l'établissement de l'autorité britannique, les Portugais ont soutenu qu'une souveraineté sur les villages leur avait été concédée par les Mahrattes. Il est peu probable que les autorités britanniques ne se soient pas renseignées pour leur propre compte, non seulement sur le traité et les *sanads*, mais encore sur la pratique suivie sous les Mahrattes en matière de transit entre Damao et les villages. Les documents mahrattes relatifs à la région où ces villages sont situés et portant sur les dix années qui ont précédé 1818, représentant plusieurs centaines de liasses, furent expédiés de Poona aux autorités britanniques à Bombay le 6 décembre 1818. Des preuves précises témoignent que les Britanniques ont fait certaines recherches à ce sujet tant en 1819 qu'en 1859. Il est hors de doute en tout cas que dès le début de la période britannique et pendant toute cette période, quelles qu'aient été les prémisses sur lesquelles se fondait leur conduite, les autorités britanniques ont considéré les autorités portugaises comme souveraines sur les villages (appelés ci-après « les enclaves »). Le dossier permet de conclure que les Britanniques connaissaient l'existence de la pratique suivie en

* * *

In order to determine whether Portugal acquired by custom any right of passage and, if so, the nature and extent of the same, it is necessary to examine the practice which was from time to time followed.

The proper way of measuring the nature and extent of any such custom, if established, is to have regard to the practice which itself both defines and limits it. The first element in a custom is a constant and uniform practice which must be determined before a custom can be defined.

The record in my opinion establishes:

1. For the first two or three decades after 1818 there was no essential change in the practice in relation to passage which had been followed during the Maratha period.

2. The British—as subsequently did the Republic of India—recognized Portuguese sovereignty over the enclaves.

This is established beyond all reasonable controversy. The conduct of the British and India is wholly inconsistent with any other conclusion. The record is heavy with instances of this recognition. [During the British period: Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annexes at pages 158, 164, 166, 167, 169-173, 174, 225, 251, 266, 565, 584; Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at pages 226, 233, 235, 249. During the Indian period: Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annexes at pages 398, 401, 402, 407; Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at pages 250-252, 253, 267-268.] The notes from India to Portugal of 1950 and 1953, seeking the transfer by Portugal to India of all the former's possessions in India, in themselves provide powerful evidence of India's recognition.

During the oral hearing, on 12 October, Counsel for India admitted the existence of Portuguese sovereignty. At a later date, on 29 October, when Counsel for Portugal put the following question "Does India admit that Portuguese sovereignty still subsists", it was not disputed by India that Portugal still had sovereignty over the enclaves.

As between the Parties to and for the purposes of this dispute, Portugal's sovereignty is not open to question.

This recognition of sovereignty in Portugal, both by the British and India, is in my view the central fact in this dispute.

1818 en matière de passage et n'ignoraient pas que les Portugais exerçaient ce passage en le revendiquant comme un droit.

Pour déterminer si le Portugal a acquis par la coutume un droit de passage et, dans l'affirmative, pour définir la nature et la portée de ce droit, il est nécessaire d'examiner la pratique suivie d'une période à l'autre.

La méthode à suivre pour mesurer la nature et la portée d'une telle coutume, si elle est démontrée, est de considérer la pratique qui elle-même, tout ensemble, la définit et la limite. Le premier élément d'une coutume est l'existence d'une pratique constante et uniforme qui doit être établie avant qu'on puisse définir une coutume.

A mon avis, le dossier établit les points suivants :

1. Après 1818, au cours des deux ou trois premières décennies qui ont suivi, la pratique adoptée en matière de passage au cours de la période mahratte n'a pas subi de modification d'un caractère essentiel.

2. Les Britanniques — et ultérieurement la République de l'Inde — ont reconnu la souveraineté du Portugal sur les enclaves.

Ce fait est établi sans conteste possible. L'attitude des Britanniques et de l'Inde ne permet logiquement aucune autre conclusion. Le dossier abonde en exemples prouvant la reconnaissance de la souveraineté du Portugal. [Pour la période britannique: contre-mémoire, vol. II, annexes du Gouvernement de l'Inde, pp. 158, 164, 166, 167, 169-173, 174, 225, 251, 266, 565, 584; duplique du Gouvernement de l'Inde, vol. II, annexes, pp. 226, 233, 235, 249. Pour la période indienne: contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde, annexes, pp. 398, 401, 402, 407; duplique du Gouvernement de l'Inde, vol. II, annexes, pp. 250-252, 253, 267-268.] Les notes adressées par l'Inde au Portugal en 1950 et 1953 visant le transfert par le Portugal à l'Inde de toutes les possessions de celui-ci en Inde, constituent en elles-mêmes un puissant témoignage de la reconnaissance par l'Inde de la souveraineté du Portugal.

Au cours de l'audience du 12 octobre, le conseil du Gouvernement de l'Inde a admis l'existence de la souveraineté du Portugal. A une date ultérieure, le 29 octobre, lorsque le conseil du Gouvernement du Portugal a posé la question suivante: « Est-ce que l'Inde admet que la souveraineté portugaise subsiste », l'Inde n'a pas contesté que le Portugal possédait encore la souveraineté sur les enclaves.

Entre les Parties au présent différend et aux fins de l'espèce, la souveraineté du Portugal n'est pas mise en doute.

Cette reconnaissance de la souveraineté du Portugal, à la fois par les Britanniques et par l'Inde, constitue à mon avis le fait central du présent différend.

3. Despite the closest regulation and control from time to time of many aspects of passage, the constant and uniform practice of the British was to allow passage in respect of all six categories mentioned in the Judgment of the Court to an extent which was at least sufficient to enable Portugal continuously to administer the enclaves.

The Court holds, and I agree, that the practice followed during the British period and continued during that of India, resulted in Portugal acquiring by local custom a right of passage in respect of private persons, civil officials and goods. It is my opinion, however, that the practice resulted in a custom by virtue of which Portugal acquired a right of passage not only in respect of these categories, but also in respect of armed forces, armed police, and arms and ammunition.

These three categories require separate examination.

* * *

Movement of members of the armed forces passing between Daman and the enclaves was, at least after the middle of the nineteenth century, not very great. They appear to have discharged in the main strictly police functions. The numbers who exercised passage at any given time were small. Their functions related primarily to the maintenance of internal order within the enclaves; passage between Daman and the enclaves, and between the latter, was largely, if not principally, in relation to relief of detachments, posting or re-posting, proceeding on leave, escorting government funds or prisoners and other duties of a police character. The movement of armed police presents a somewhat similar picture.

The constant and uniform practice during the British period was to permit under regulation and control the passage of members of the armed forces and police officials and arms and ammunition. There appears never to have been an occasion when this passage was not permitted.

In 1947 India succeeded the British as sovereign over the intervening territory. From that time onwards, until shortly before July 1954, when the events arose from which this dispute stems, the practice which had been followed during the British period was continued.

The right of passage claimed by Portugal is an indivisible one which was, however, in its exercise subject to regulation and control

3. Malgré la réglementation et le contrôle les plus étroits exercés de temps à autre sur de nombreux aspects du passage, la pratique constante et uniforme des Britanniques a été d'autoriser le passage pour les six catégories énumérées dans l'arrêt de la Cour dans une mesure au moins suffisante pour permettre au Portugal d'administrer les enclaves d'une manière continue.

La Cour estime — et je suis de son avis — que la pratique suivie au cours de la période britannique et maintenue au cours de la période indienne a eu pour conséquence l'acquisition par le Portugal, en vertu de la coutume locale, d'un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises. A mon avis, cependant, la pratique suivie a donné naissance à une coutume en vertu de laquelle le Portugal a acquis un droit de passage non seulement pour les catégories susmentionnées, mais aussi pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions.

Il convient d'examiner séparément ces trois dernières catégories.

* * *

Les mouvements d'effectifs des forces armées entre Damao et les enclaves ont été, du moins après le milieu du XIX^{me} siècle, peu importants. Il semble que ces effectifs aient assumé essentiellement des fonctions de nature strictement policière. Les effectifs qui ont exercé le passage ont à chaque occasion été faibles. Leurs fonctions tendaient principalement au maintien de l'ordre intérieur au sein des enclaves et le passage entre Damao et les enclaves et entre ces dernières a été dans une large mesure, sinon essentiellement, exercé à l'occasion de la relève de détachements, de l'affectation ou de la réaffectation de personnel, de départs en permission, de transport de fonds publics ou de conduite de prisonniers sous escorte et dans l'accomplissement d'autres fonctions de nature policière. Les mouvements de la police armée présentent un tableau à peu près analogue.

La pratique constante et uniforme au cours de la période britannique a été d'autoriser, tout en le soumettant à une réglementation et à un contrôle, le passage des effectifs des forces armées et des fonctionnaires de la police, ainsi que des armes et des munitions. Il semble qu'il n'y ait jamais eu d'occasion où ce passage n'ait été autorisé.

En 1947, l'Inde, succédant aux Britanniques, est devenue souveraine sur le territoire intermédiaire. A partir de cette date et jusqu'à peu avant le mois de juillet 1954, époque à laquelle sont survenus les événements qui ont donné naissance au présent différend, la pratique suivie au cours de la période britannique a été maintenue.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal a un caractère indivisible, tout en étant cependant soumis, dans son exercice, à

by India. Portugal did not claim one right of passage for goods, another for private individuals and a separate one for each of the six categories into which, for the purposes of the Court's Judgment, the passage has been divided.

This, however, presents no difficulty so long as the indivisible character of the claim made by Portugal is kept constantly in mind. Unless, however, this is done, distinctions in degree between the regulation and control of passage exercised by the British and later by India, on different occasions and from time to time in respect of one or some of these different categories, may lead to impermissible conclusions as to the nature and extent of the right itself.

In reaching its conclusion that Portugal did not have in July 1954 any right of passage in respect of armed forces, armed police or arms and ammunition, the Court has pursued certain distinctions which it sees between one set of categories and another; which in my opinion are but distinctions of degrees of regulation and control; and has treated these distinctions as decisive. This has led it to reach one conclusion in respect of what may conveniently be described as the first three categories and an opposite one in respect of the other three.

There cannot be any real dispute that it was the constant and uniform practice during the British and post-British periods to permit passage in respect of all six categories.

Each of these categories was at different times subject to different regulation and control. The passage of private persons and civil officials was, until just prior to the events which occurred at Dadra, subject to routine control, although the frontier controls included during one period, 1857-1863, the prohibition of entry without a licence of all foreigners; during the first World War the reporting by Portuguese Europeans to the police on arrival in Indian territory; and from 1935 the requirement of all Portuguese not domiciled in India to carry a passport when entering Indian territory from a Portuguese possession over the land frontier (Counter-Memorial, para. 46). The passage of goods in general was subject at certain times to customs regulation and such regulation and control as was necessitated by considerations of security or revenue. Indeed, India's case was that the passage of goods was "subject at all times to control and on occasion even to prohibitions" (para. 358 of Rejoinder).

la réglementation et au contrôle de l'Inde. Le Portugal n'a pas revendiqué un droit de passage pour les marchandises, et un autre pour les personnes privées, ni un droit particulier pour chacune des six catégories en lesquelles ce droit a été subdivisé aux fins de l'arrêt de la Cour.

Cela ne présente toutefois aucune difficulté tant que l'on garde présent à l'esprit le caractère indivisible de la revendication portugaise: faute de quoi, toutefois, les distinctions de degré établies entre la réglementation et le contrôle du droit de passage exercées par les autorités britanniques et ultérieurement par l'Inde à différentes occasions et de temps en temps à l'égard d'une ou de plusieurs de ces diverses catégories risquent d'aboutir à des conclusions inacceptables quant à la nature et à l'étendue du droit lui-même.

En décidant que le Portugal ne possédait en juillet 1954 aucun droit de passage en ce qui concerne les forces armées, la police armée, les armes et munitions, la Cour a établi certaines distinctions qu'elle aperçoit entre une série de catégories et une autre; alors qu'à mon avis il n'existe que des distinctions entre les degrés de réglementation et de contrôle; et elle a considéré ces distinctions comme décisives. Elle a été amenée ainsi à une conclusion touchant ce qu'on peut appeler, pour plus de commodité, les trois premières catégories, et à une conclusion opposée à l'égard des trois autres.

On ne saurait mettre en doute que la pratique constante et uniforme au cours des périodes britannique et post-britannique a été d'autoriser le passage pour les six catégories sans exception.

Chacune de ces catégories a été soumise, à différentes époques, à une réglementation et à un contrôle différents. Jusqu'à la veille des événements qui se sont produits à Dadra, le passage des personnes privées et des fonctionnaires civils était soumis à un contrôle normal, bien que les contrôles à la frontière aient compris: pendant une certaine période, de 1857 à 1863, l'interdiction d'entrer sans permis pour tous les étrangers; au cours de la première guerre mondiale l'obligation pour les Européens portugais de se présenter à la police à leur arrivée en territoire indien; et, à partir de 1935, l'obligation pour tous les Portugais non domiciliés en Inde d'avoir un passeport pour pénétrer sur le territoire indien en venant d'une possession portugaise par la frontière terrestre (contre-mémoire, par. 46). Le passage des marchandises en général était soumis, à certaines époques, à une réglementation douanière et à tels réglementation et contrôle qu'exigeaient des considérations touchant la sécurité ou la fiscalité. En fait, l'Inde a affirmé que le passage des marchandises « a toujours été soumis au contrôle et parfois même frappé d'interdiction » (par. 358 de la duplique).

In respect of the first three categories, these controls did not preclude the Court from finding that a custom had arisen creating a right of passage as at July 1954, which right was itself subject to the regulation and control by India. This finding, as I read the Court's decision, depended on the fact that in respect of private persons and civil officials there was no restriction beyond routine control, whilst in respect of goods in general, despite certain prohibitions referred to in the Court's Judgment, in all other cases the passage of goods was free, "no authorization or licence was required".

It is in the absence or presence of any need to obtain prior permission or licence for passage in respect of any category that the Court finds a decisive distinction between the first three categories and the other three.

When, therefore, the Court turns to consider whether any right of passage has been established in respect of armed forces, armed police and arms and ammunition, its decision in respect of them is based upon a preliminary finding that in this respect the position as regards these three categories is clearly different.

It is then for consideration in what material respects, if any, it was different, and whether any difference established is decisive.

Firstly, the difference is stated to lie in the fact that from 1818 to 1878, the passage of armed forces and armed police between British and Portuguese possessions was regulated on a basis of general reciprocity.

It is not apparent in what way this difference can be decisive. Reciprocal arrangements between the British and the Portuguese were not confined to the passage of armed forces and armed police between their respective possessions; there were, during certain periods, some reciprocal arrangements which also covered the passage of certain goods, between specifically Daman and the enclaves, free from customs or transit duties (see e.g. Indian Annex C. No. 35; Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annexes at pp. 134, 145, 149, 158, 163, 170, 177; Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at p. 293).

It needs to be constantly stressed that we are concerned not with the matter of general entry by British or Portuguese armed forces or armed police into the possessions of the other, but with the special case of passage between Daman and the enclaves. To the extent to which the general covers the specific, the regulation of entry and transit on the basis of reciprocity is quite consistent with the right claimed by Portugal, consistent with freedom of passage between Daman and the enclaves, and in no way inconsistent with a long continued practice giving rise through custom to a right of passage between Daman and the enclaves. Passage

Quant aux trois premières catégories, ces contrôles n'ont pas empêché la Cour de conclure qu'une coutume s'était établie et qu'elle avait engendré un droit de passage existant au mois de juillet 1954, droit soumis lui-même à une réglementation et à un contrôle de la part de l'Inde. Cette conclusion, si je comprends bien la décision de la Cour, découlait du fait qu'il n'existait à l'égard des personnes privées et des fonctionnaires civils aucune restriction s'étendant au-delà d'un contrôle normal, tandis qu'en ce qui concerne les marchandises en général, en dépit de certaines interdictions citées dans l'arrêt de la Cour, dans tous les autres cas le passage des marchandises était libre, « ni autorisation ni licence n'étaient exigées ».

C'est dans le fait qu'il existait ou non obligation d'obtenir une autorisation ou licence préalable pour le passage de l'une quelconque des catégories que la Cour découvre les éléments d'une distinction décisive entre les trois premières catégories et les trois autres.

En conséquence, lorsque la Cour en vient à examiner si un droit de passage quelconque a été établi pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions, sa décision à cet égard se fonde sur une constatation préliminaire, à savoir qu'à ce sujet la situation est nettement différente en ce qui concerne ces trois catégories.

Il y a donc lieu d'examiner comment se traduisait en pratique cette différence, à supposer qu'il y en ait une, et si toute différence qui peut être établie est décisive.

En premier lieu, on aperçoit cette différence dans le fait que, de 1818 à 1878, le passage des forces armées et de la police armée entre possessions britanniques et portugaises a été réglé sur une base de réciprocité générale.

Il n'apparaît pas clairement en quoi cette différence peut être décisive. Les accords réciproques conclus entre les Britanniques et les Portugais ne se limitaient pas au passage des forces armées et de la police armée entre leurs possessions respectives; pendant certaines périodes des accords réciproques se sont également appliqués au passage de certaines marchandises, en particulier entre Damao et les enclaves, en franchise de droits de douane ou de transit (voir par exemple annexe indienne C. n° 35; contre-mémoire, vol. II, annexes indiennes, pp. 134, 145, 149, 158, 163, 170, 177; duplicte, vol. II, annexes indiennes, p. 293).

Il y a lieu de rappeler constamment qu'il ne s'agit pas en l'espèce de la question générale de l'entrée des forces armées ou de la police armée britanniques ou portugaises dans les possessions respectives des deux États, mais du cas particulier du passage entre Damao et les enclaves. Dans la mesure où le général couvre le particulier, la réglementation de l'entrée et du transit sur une base de réciprocité est tout à fait compatible avec le droit revendiqué par le Portugal, ainsi qu'avec la liberté de passage entre Damao et les enclaves, et elle n'est nullement incompatible avec l'existence d'une longue pratique continue donnant naissance par la coutume à un droit de

could be regulated and controlled wholly or in part through agreed-to arrangements just as it could through unilateral acts by the British and India. The factual difference stated provides in my view no foundation for a conclusion that throughout this period the Portuguese knew that the British were entitled at any time at their absolute and arbitrary discretion to stop all passage of armed forces and armed police between Daman and the enclaves.

Moreover, the question with which we are concerned cannot be dealt with as if the existence of the enclaves had no special significance; passage between Daman and the enclaves cannot be equated to any entry into or over British or Indian territory.

Secondly, the Court finds that after 1878 the position was that passage could only take place with the previous authorization of the British, and later of India, whether under a reciprocal arrangement already agreed to or in individual cases, whereas, in the case of private persons, civil officials and goods in general, no previous authorization was required.

On the basis of these preliminary findings, the conclusion is reached that "having regard to the special circumstances of the case" the necessity for authorization before passage could take place constitutes a negation of passage as of right in respect of armed forces and armed police. This in the Court's view predicates that the territorial sovereign had the absolute and arbitrary power to refuse or withdraw permission at any time.

It is not evident what these special circumstances are.

India submitted that the essence of a right of passage is the power to pass without permission; that the need for prior permission or licence negates any right.

It does not appear to what extent, if at all, this proposition, which, in my opinion is, as stated, unsound, has been accepted. If it be that in this case the necessity for authorization before passage took place constitutes a negation of passage as of right solely because of certain special circumstances, it is important to know what those special circumstances are. I assume the Court is referring to the preliminary findings of fact just mentioned, which in my view do not support its decision. No other special circumstances have been suggested, and I am not aware of any.

With regard to arms and ammunition, the Court's decision appears to turn wholly on the finding that since 1878 the importation or exportation of the same has been subject to prior permission or licence. This seems to disregard as unimportant the practice which had been followed from 1818 to 1878.

passage entre Damao et les enclaves. Le passage pouvait être réglementé ou contrôlé totalement ou en partie par des accords tout aussi bien que par des actes unilatéraux de la part des Britanniques et de l'Inde. A mon avis, la différence de fait énoncée ne permet aucunement de conclure que, pendant toute cette période, les Portugais savaient que les Britanniques avaient le droit à tout moment et à leur discrétion absolue et arbitraire d'interrompre tout passage des forces armées et de la police armée entre Damao et les enclaves.

Au surplus, la question qui nous occupe ne saurait être traitée comme si l'existence des enclaves ne présentait aucune importance particulière; le passage entre Damao et les enclaves ne peut être mis sur le même plan que n'importe quelle entrée dans le territoire britannique ou indien ou qu'un transit sur ce territoire.

En deuxième lieu, la Cour constate qu'après 1878 la situation était la suivante: le passage ne pouvait avoir lieu qu'avec l'autorisation préalable des Britanniques, puis de l'Inde, donnée soit en vertu d'un accord réciproque antérieur, soit dans des cas d'espèce, tandis que dans le cas des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général il n'était pas exigé d'autorisation préalable.

Se fondant sur ces constatations préliminaires on en conclut que, « eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce », l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit en ce qui concerne les forces armées et la police armée. De l'avis de la Cour, cela suppose que le souverain territorial avait le pouvoir absolu et arbitraire de refuser ou de retirer son autorisation à tout moment.

La nature de ces circonstances spéciales n'est pas évidente.

L'Inde a prétendu que l'essence d'un droit de passage est la faculté d'exercer le passage sans permission; que l'exigence d'une permission préalable ou d'un permis est la négation même de l'existence d'un droit.

Il n'apparaît pas dans quelle mesure cette affirmation, qui selon moi est, comme je l'ai dit, mal fondée, a été acceptée. Si l'exigence d'une autorisation préalable au passage doit constituer en l'espèce la négation même de l'exercice du passage à titre de droit du seul fait de certaines circonstances spéciales, il importe de connaître la nature de ces dernières. Je présume que la Cour se réfère aux constatations préliminaires de fait dont je viens de parler qui, à mon avis, ne soutiennent pas sa décision. Il n'a pas été mentionné d'autres circonstances spéciales et je n'en connais pas.

En ce qui concerne les armes et les munitions, la décision de la Cour semble reposer entièrement sur la constatation que depuis 1878 leur importation ou exportation a été soumise à l'octroi d'une permission préalable ou d'une licence. Il semble donc qu'on ait négligé la pratique qui avait été suivie de 1818 à 1878, comme si elle était sans importance.

In my opinion the record establishes that, prior to the Treaty of 1878, it was not the practice to seek prior permission of the British before any passage of armed forces or armed police or arms and ammunition took place, nor was it necessary to do so.

As regards the armed forces, the Treaty of Commerce and Extradition of 1878, which terminated in 1892, contained a clause (Article XVIII thereof) which provided that "The armed forces of one of the two High Contracting Parties shall not enter the Indian dominions of the other, except for the purposes specified in former Treaties, or for the rendering of mutual assistance as provided for in the present Treaty, or except in consequence of a formal request made by the party desiring such entry to the other." This Article was of general application directed to entry into the dominions of the other. It was proposed not by the British but by the Portuguese, who had for just on 100 years prior thereto continuously exercised passage in respect of armed forces between Daman and the enclaves. The reasons for Portugal's request for the inclusion of this clause had nothing to do with any question of passage between Daman and the enclaves, but were concerned with matters of high policy. The overriding reason was its desire to protect and preserve its sovereignty over its overseas possessions in India. It explained "the exact meaning of this Article" (see Indian Annex F. No. 54. Rejoinder, Vol. II, at page 227).

After the Treaty had come into force, and before 1890, although there were apparently times when prior permission was in fact applied for, there were a number of occasions when members of the Portuguese armed forces passed between Daman and the enclaves without seeking or having any prior permission to do so. The Portuguese claim that these occasions numbered twenty-three. Whatever the precise number, it is quite clear on the record that there were several (Indian Annex F. No. 53. Rejoinder, Vol. II, at pages 212, 213, 214, 216, 218, 219 and 220).

This gave rise in 1890 and 1891 to correspondence which passed between the British and the Portuguese authorities in which the former took up the position that, by virtue of Article XVIII of the Treaty, formal request for permission should in all cases be made whenever any Portuguese armed forces passed through British territory. Whether the provisions of Article XVIII justified the construction then placed upon it by the British authorities is a question which need not be answered. The fact is that thereafter it became a habit for the Portuguese to apply for prior permission. This marked a point of departure in respect of the administrative practice which had prevailed before 1878.

A mon avis, le dossier démontre qu'avant le traité de 1878 la pratique n'était pas de demander aux autorités britanniques une permission préalable en cas de passage des forces armées, de la police armée ou des armes et munitions et qu'il n'était pas nécessaire de le faire.

A l'égard des forces armées, le traité de commerce et d'extradition de 1878, qui a cessé d'être en vigueur en 1892, contenait une clause (article XVIII) qui disposait : « La force armée de l'une des deux Hautes Parties contractantes n'entrera pas dans les possessions indiennes de l'autre, excepté dans les cas spécifiés par des traités antérieurs, ou pour se prêter un mutuel secours comme cela est prévu dans le présent traité, ou lorsqu'une demande formelle en aura été faite par la partie qui désirera cette entrée de l'autre. » L'application de cet article était générale pour l'entrée sur le territoire des possessions des parties respectives. Il avait été proposé non pas par les autorités britanniques mais par les autorités portugaises qui, au cours du siècle précédent, avaient constamment fait passer des forces armées entre Damao et les enclaves. Les raisons pour lesquelles le Portugal avait demandé l'inclusion de cette clause n'avaient rien à voir avec une quelconque affaire de passage entre Damao et les enclaves, mais se rattachaient à des questions de politique générale. La plus importante était le désir du Portugal de protéger et de maintenir sa souveraineté sur ses possessions d'outre-mer en Inde. Il a expliqué « le sens exact de cet article » (voir annexe indienne F. n° 54, duplique, vol. II, p. 227).

Après l'entrée en vigueur du traité et jusqu'en 1890, s'il est vrai qu'à certaines époques une autorisation préalable a bien été demandée, des membres des forces armées portugaises ont, à de nombreuses reprises, circulé entre Damao et les enclaves sans en avoir demandé ni reçu l'autorisation préalable. Les Portugais affirment qu'on a compté vingt-trois cas de ce genre. Quel que soit le nombre exact, il ressort clairement du dossier qu'il y en a eu plusieurs (annexe indienne F. n° 53, duplique, vol. II, pp. 212, 213, 214, 216, 218, 219 et 220).

Il en est résulté en 1890 et 1891 un échange de correspondance entre les autorités britanniques et portugaises au cours duquel la position des premières a été qu'en vertu de l'article XVIII du traité, une demande formelle d'autorisation était nécessaire dans tous les cas, chaque fois que les forces armées portugaises traversaient le territoire britannique. Il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si les dispositions de l'article XVIII justifiaient l'interprétation qu'en ont alors donnée les autorités britanniques. Le fait est que, par la suite, les Portugais prirent l'habitude de solliciter une autorisation préalable, ce qui était une déviation par rapport à la pratique administrative suivie avant 1878.

In reaching its conclusion as to the practice with regard to the passage of armed forces, the Court appears to have been much persuaded by letter of the 22nd December 1890 from the Governor General of Portuguese India to the Governor of Bombay (Indian Annex F. No. 53, Rejoinder, Vol. II, at page 215) and the Treaty of 1741 between the Marathas and the Portuguese. On examination, however, these I think provide slender support for its conclusion.

On 8 December 1890 the Bombay Government communicated with the Portuguese Government in India to the effect that "armed men in the service of the Portuguese Government are in the *habit* of passing without *formal* request" between Daman and Nagar-Aveli and that this appeared in breach of Article XVIII of the Treaty of 1878. It was to this legal contention that the Governor General of Portuguese India replied on 22 December, in which *inter alia* he stated: "On so delicate a subject I request leave to observe that Portuguese troops never cross British territory without previous permission and that *small detachments* whenever on the march meet a military post or any force or British Authority, they halt and only proceed further after applying for and obtaining fresh permission. For centuries has this practice been followed, whereby the treaties have been respected and due deference shown to the British authorities." The Bombay Government replied by letter of 9 April 1891 in which it stated that application for permission, claimed to be necessary under the terms of Article XVIII of the Treaty, had not been observed in several instances. It was, however, made quite clear that permission, when applied for in respect to Portuguese armed men, "would be accorded *in consonance with past practice*". (Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at page 223.)

Whatever the precise meaning to be given to the statement in the letter of the Portuguese Governor General it is, I think, apparent on the reading of the relevant correspondence that:

(a) The request for permission was treated very much as a formality, though a not unimportant one. The "formal request" under Article XVIII of the Treaty had first to be made.

(b) When permission was applied for, it would be forthcoming "in consonance with past practice".

That this letter of the Portuguese Governor General cannot be accepted as establishing that the practice which had existed prior to 1878 in relation to passage of armed forces between Daman and the enclaves was to seek for and obtain permission or that prior permission was necessary is, I think, reasonably clear elsewhere in the record.

India contended that since 1879, when the Treaty came into force, permission was necessary (para. 355 of Rejoinder). But "The

En arrivant à sa conclusion quant à la pratique suivie pour le passage de forces armées, la Cour semble avoir été profondément influencée par une lettre du gouverneur général de l'Inde portugaise au gouverneur de Bombay, datée du 22 décembre 1890 (annexe F. n° 53, duplique, vol. II, p. 215) et par le traité luso-mahratte de 1741. Mais à l'examen, je crois que ces documents n'offrent qu'un appui fragile à cette conclusion.

Le 8 décembre 1890, le Gouvernement de Bombay a envoyé au Gouvernement portugais en Inde une communication d'après laquelle « des hommes en armes au service du Gouvernement portugais ont l'*habitude* de traverser sans en formuler *officiellement* la demande » entre Damao et Nagar-Aveli, ce qui paraissait contraire à l'article XVIII du traité de 1878. C'est à cette thèse juridique qu'a répondu le 22 décembre le gouverneur général de l'Inde portugaise, en disant notamment : « Sur un sujet aussi délicat, je me permettrai de faire observer que les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable et que de *petits détachements*, chaque fois qu'ils rencontrent dans leurs déplacements un poste militaire ou toute autre force ou autorité britannique, s'arrêtent et ne poursuivent leur chemin qu'après avoir demandé et obtenu une nouvelle autorisation. Cette pratique a été observée depuis des siècles, en respect des traités et par déférence à l'égard des autorités britanniques. » Le Gouvernement de Bombay a répondu par une lettre du 9 avril 1891 où il est déclaré que dans plusieurs cas la nécessité d'une demande d'autorisation, exigée aux termes de l'article XVIII du traité, n'a pas été respectée. Mais il était pourtant très clairement indiqué que l'autorisation, lorsqu'elle serait sollicitée pour les forces armées portugaises, serait accordée « *conformément à la pratique suivie dans le passé* ». (Duplique, vol. II, annexes indiennes, p. 223.)

Quel que soit le sens précis qu'on attache à l'énoncé de la lettre du gouverneur général portugais, je crois qu'il ressort de la correspondance pertinente :

a) Que la demande d'autorisation était traitée surtout comme une formalité encore qu'elle eut son importance. La « demande formelle » exigée aux termes de l'article XVIII du traité devait d'abord être faite.

b) Quand la permission était sollicitée, elle était accordée « *conformément à la pratique suivie dans le passé* ».

Je crois qu'il ressort assez clairement des autres éléments du dossier que cette lettre du gouverneur général portugais ne saurait être acceptée comme démontrant que la pratique antérieure à 1878 quant au passage des forces armées entre Damao et les enclaves était de solliciter et d'obtenir une permission ou qu'une autorisation préalable fût nécessaire.

L'Inde a soutenu que depuis l'entrée en vigueur du traité en 1879, l'autorisation était nécessaire (duplique, par. 355). Mais « le

fact is ... that before 1879 the entry of *troops* or *armed police* of either Government into the territory of the other was governed by a reciprocal arrangement. The existence of such an arrangement *naturally made it unnecessary for a formal request to be made and permission to be granted on each occasion of entry* (para. 333 of the Rejoinder). (See also paras. 296 and 333 of Rejoinder, and paras. 132 and 136 of Counter-Memorial; Indian Annex F. No. 53, Rejoinder, Vol. II, at pages 216, 218, 219 and 220; Indian Annex C. No. 39, Counter-Memorial, Vol. II, pages 192-193).

As for the Treaty of 1741, referring as it does to circumstances and a time forty years prior to the Portuguese obtaining possession of the enclaves, it seems sufficiently remote from the issues with which we are called upon to deal as to provide little assistance. It seems therefore clear that prior to 1878 it was not usual for the Portuguese to request prior permission nor does it appear that such permission was necessary before passage took place.

When the Treaty of 1878 was entered into the crystallization into custom of the practice existing between 1818-1878 was already far advanced, if indeed it had not by that time become a local custom, as I incline to think was the case.

Whenever, however, subsequently permission was in fact applied for, passage was allowed not generally, but always. It was "accorded in *consonance with past practice*".

In the case of armed police different arrangements were agreed to from time to time or different administrative practices were followed, which endured for certain periods. During some periods no prior permission was applied for or appears to have been required. During other periods it was required, or required when the number intended to exercise the passage exceeded a given figure. On other occasions previous intimation of intention was all that seemed to be called for (see e.g. Indian Annex C. No. 53, Counter-Memorial, Vol. II, at p. 307 (1912); Indian Annex C. No. 57, *ibid.*, p. 323 (1940)). It was necessary to have "some sort of control or check over the movements of armed police forces" (*ibid.*, at p. 324). Prior permission never appears however to have been necessary before 1878 nor was there any practice to apply for the same.

With respect to arms and ammunition, subsequent to 1878 it was the usual practice that permission had first to be applied for. But the evidence does not establish that this was so during the period 1818-1878, or that it was usual during that period for the Portuguese to ask permission.

But assuming that it were otherwise and that there was at all times an administrative or agreed-to requirement, either general in

fait est ... qu'avant 1879 l'entrée des *troupes* ou de la *police armée* d'un gouvernement sur le territoire de l'autre était régie par un accord réciproque. *Il devenait donc inutile, étant donné l'existence de cet accord, de faire une demande officielle de passage et d'accorder une autorisation à l'occasion de chaque entrée* » (par. 333 de la duplique). (Voir également par. 296 de la duplique et par. 132 et 136 du contre-mémoire; annexe indienne F. n° 53, duplique, vol. II, p. 216, 218, 219 et 220; annexe indienne C. n° 39, contre-mémoire, vol. II, pp. 192-193).

Quant au traité de 1741 qui se réfère à des circonstances et à une époque de quarante ans antérieure à la prise de possession des enclaves par les Portugais, il semble assez éloigné des questions que nous sommes appelés à traiter pour ne pouvoir être d'une grande utilité. Il semble donc clair qu'avant 1878 les Portugais n'avaient pas l'habitude de solliciter une autorisation préalable, et il ne semble pas qu'une telle autorisation fût nécessaire avant le passage.

Lors du traité de 1878, la cristallisation en une coutume de la pratique existant entre 1818 et 1878 était déjà très avancée, si même elle n'était pas déjà devenue à l'époque une coutume locale, comme j'incline à le croire.

Cependant, toutes les fois que par la suite l'autorisation était sollicitée en fait, le passage était autorisé, non pas d'une façon générale, mais toujours. Il était accordé « *conformément à la pratique suivie dans le passé* ».

Dans le cas de la police armée, des arrangements différents furent conclus à diverses époques ou bien des pratiques administratives variables furent suivies pendant certaines périodes. Tantôt aucune autorisation préalable n'était sollicitée ou bien ne semblait nécessaire, tantôt elle était exigée, ou bien elle était nécessaire lorsque les effectifs devant exercer le passage dépassaient un certain chiffre. Parfois aussi, il semble que seule une notification préalable ait été exigée (voir par exemple annexe indienne C. n° 53, contre-mémoire, vol. II, p. 307 (1912); annexe indienne C. n° 57, *ibid.* p. 323 (1940)). Il était nécessaire d'imposer « un certain contrôle ou une certaine réglementation aux mouvements de la police armée » (*ibid.* p. 324). Cependant, il ne semble pas qu'aucune autorisation préalable eût été nécessaire avant 1878 et on ne relève aucun usage imposant de solliciter une pareille autorisation.

Pour ce qui est des armes et des munitions, la pratique courante après 1878 était de solliciter l'autorisation préalable. Mais les preuves ne démontrent pas qu'il en fût ainsi pendant la période 1818-1878 ou que pendant cette période les Portugais eussent coutume de solliciter l'autorisation.

Mais en admettant qu'il en soit autrement et qu'il ait toujours existé une obligation soit de caractère administratif, soit issue d'un

application or specifically applicable to passage between Daman and the enclaves, that prior permission should be sought before armed forces, armed police or arms and ammunition entered or passed over British, and later Indian, territory, that, in my opinion, would not preclude a custom arising creating in Portugal a right of passage, subject of course at all times to its regulation and control by the sovereign of the intervening territory.

Portugal has throughout made it clear that the right claimed by her to have arisen from local custom is subject in its exercise to India's regulation and control. Despite such regulation and control as from time to time applied to all categories, it was the constant and uniform practice, extending over more than a century and a quarter, for both the British and India, to allow passage for each of these categories. Never, until about the time of the events of 1954, did this practice alter.

Regulation and control take different forms, which may vary from time to time. As times and circumstances change, so may regulation and control. The requirement of a licence to do an act is a common, useful and practical form of administrative regulation and control. (See in this case, for example, Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annex D. No. 4, Act of 5 December 1857 relating to foreigners, which provided that no foreigner should travel or pass through British territory without a licence which could be revoked at any time; Annex D. No. 5, Act of 12 February 1864 making similar provision to prevent (*inter alia*) subjects of foreign States from passing through British India without the consent of the Government of British India.) A necessity to apply for a licence before an act is done is not necessarily incompatible with a right to do that act. The legal systems of many countries will provide examples where before an admitted right may be exercised application for permission must first be made, but where the right to accord or refuse permission is, in all the circumstances, interpreted not as one of absolute discretion but as a controllable discretion, one which must be used reasonably and not capriciously, one which must be exercised in good faith.

In the present case, in respect of the three categories where the Court has held a right of passage in Portugal to have arisen, there were at different times routine controls or such regulations and controls as were necessitated by considerations of security or revenue. It is not without significance that whereas the passage of certain goods was at different times and over substantial periods totally prohibited, the passage of armed forces, armed police, and arms and

accord applicable à titre général, ou, spécifiquement, au passage entre Damao et les enclaves imposant de solliciter une autorisation préalable avant de faire entrer ou transiter des forces armées, de la police armée ou des armes et munitions en territoire britannique et plus tard en territoire indien, le fait, à mon avis, n'exclut pas qu'une coutume ne soit née et n'ait créé au profit du Portugal un droit de passage toujours soumis, bien entendu, à la réglementation et au contrôle exercés par le souverain du territoire intermédiaire.

Le Portugal a toujours précisé que l'exercice du droit qu'il revendique comme issu de la coutume locale est soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde. En dépit de la réglementation et du contrôle appliqués de temps en temps à toutes les catégories, la pratique constante et uniforme pendant plus de cent vingt-cinq ans a été, pour les autorités britanniques comme pour l'Inde, d'autoriser le passage de chacune de ces catégories. Jamais cette pratique n'a été modifiée jusqu'à l'époque des événements de 1954.

La réglementation et le contrôle prennent différentes formes qui peuvent varier de temps à autre. Comme varient les temps et les circonstances, ainsi peuvent aussi varier la réglementation et le contrôle. L'obligation d'obtenir une autorisation préalable avant d'agir est une forme courante, utile et pratique de réglementation et de contrôle administratif. (Voir dans la présente affaire, par exemple, contre-mémoire, vol. II, annexe indienne D. n° 4: *Act* du 5 décembre 1857 relatif aux étrangers qui dispose qu'aucun étranger ne peut voyager ni transiter en territoire britannique s'il n'est muni d'une licence révocable à tout moment; annexe D. n° 5: *Act* du 12 février 1864 contenant des dispositions similaires visant à interdire *inter alia* aux sujets des États étrangers de traverser le territoire de l'Inde britannique sans le consentement de cet État.) L'obligation de demander une autorisation préalable n'est pas nécessairement incompatible avec le droit d'agir. Les systèmes juridiques d'un grand nombre de pays fournissent des exemples qui témoignent qu'avant d'exercer un droit reconnu il y a lieu de solliciter l'autorisation de l'exercer, mais que le droit d'accorder ou de refuser cette autorisation est toujours interprété non pas comme une discrétion absolue mais comme une discrétion contrôlable, dont l'usage doit être raisonnable et non pas capricieux, et qu'il doit être exercé en toute bonne foi.

Dans la présente affaire, en ce qui touche les trois catégories pour lesquelles la Cour a conclu à un droit de passage au profit du Portugal, des contrôles normaux ou certaines mesures de réglementation et de contrôle imposés par des considérations de sécurité ou de fiscalité ont été établis à différentes époques. Il est assez significatif, tandis que le passage de certaines marchandises a été totalement interdit à différentes époques et pour d'assez longues

ammunition were, until just before July 1954, always allowed. The constant and uniform practice was to allow passage in respect of all six categories sufficient to enable Portuguese authority to function, subject however to the different controls in force from time to time.

In respect of any of the first three categories, the Judgment of the Court confirms that the right of passage which arose out of local custom may properly, in respect to matters connected with the exercise thereof, be controlled or regulated by India. Custom, which created the right, attached to it the qualification of regulation and control by the sovereign of the intervening territory.

This also, in my opinion, was the case in relation to armed forces, armed police, and arms and ammunition where a stricter degree of control and regulation may for obvious reasons be necessary. The checking of the movement of any of these categories over the intervening territory, the numbers, or quantity involved and the purpose for which the passage is sought, the time, the route to be taken, and other modalities of passage, are all matters properly the subject of control and regulation (cf. Indian Annex C. No. 57, Counter-Memorial, Vol. II, at p. 324).

Whether it was in respect of goods or persons or civil officials, or armed forces or armed police, or arms and ammunition, it was the constant and uniform practice to allow their passage. In respect of each category controls of different kinds operated on different occasions or during different periods. But the controls differed only in degree. The administrative need to apply for prior authority in respect of any one or more category is not decisive in this dispute any more than was the general prohibition of passage of goods during the Second World War or prohibitions on transit imposed on different kinds of goods. Each in my opinion fell within the field of regulation and control of the exercise of the right of passage. In principle, I do not see any decisive difference between any of the regulations and controls which applied to the various categories at different times.

The Court in its Judgment places little emphasis, if any, upon the fact of recognition by the British and India of Portuguese sover-

périodes, que le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions ait toujours été autorisé jusqu'à l'époque précédant immédiatement le mois de juillet 1954. La pratique constante et uniforme pour ces six catégories sans exception était d'autoriser le passage dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise, sous réserve toutefois de divers contrôles appliqués de temps à autre.

A l'égard de l'une quelconque des trois premières catégories, l'arrêt de la Cour confirme que le droit de passage découlant de la coutume locale peut équitablement, en ce qui concerne les questions se rattachant à l'exercice de ce droit, être contrôlé et réglementé par l'Inde. La coutume, qui a créé ce droit, l'a soumis à la réglementation et au contrôle du souverain du territoire intermédiaire.

J'estime qu'il en est de même à l'égard des forces armées, de la police armée et des armes et munitions sur lesquelles, pour des raisons évidentes, il peut être indispensable d'exercer un contrôle et une réglementation plus étroits. Les mouvements de l'une quelconque de ces catégories sur le territoire intermédiaire, leur importance numérique ou autre, et la raison pour laquelle le passage est demandé, l'époque, l'itinéraire et autres modalités de transit sont autant d'éléments qui peuvent, équitablement, faire l'objet de contrôle et de réglementation (cf. annexe indienne C. n° 57, contre-mémoire, vol. II, p. 324).

Qu'il se soit agi des marchandises, des personnes ou des fonctionnaires civils, des forces armées ou de la police armée, ou des armes et des munitions, la pratique constante et uniforme a été d'autoriser le passage. Chacune de ces catégories a donné lieu à des contrôles de types divers exercés en différentes occasions ou au cours de diverses périodes. Mais il n'existait qu'une différence de degré entre ces contrôles. La formalité administrative consistant à solliciter une autorisation préalable pour une ou plusieurs de ces catégories n'a pas un caractère plus décisif dans le présent différend que ne l'ont eu l'interdiction générale du passage des marchandises édictée au cours de la seconde guerre mondiale ni les interdictions opposées au transit de différents types de marchandises. A mon avis, chacune de ces mesures ressortissait à la réglementation et au contrôle de l'exercice du droit de passage. En principe, je ne vois aucune différence décisive entre aucune des mesures de réglementation et de contrôle qui ont été appliquées aux diverses catégories à différentes époques.

*

La Cour, dans son arrêt, n'accorde qu'une attention réduite, pour ne pas dire inexistante, au fait que les Britanniques et l'Inde

eignty over the enclaves, yet this recognition is not only an indisputable, it is as well the central, fact in the case. Another vital and indisputable fact is that this sovereignty could not be exercised unless some passage was accorded the Portuguese. Another is that this was recognized by both the British and India.

In the course of the oral hearing, Counsel for India conceded "that Portugal's sovereignty cannot operate if she is forbidden all passage of official organs and at the present time of police forces". In determining whether custom has created a right of passage, and, if so, its nature and extent, the facts above referred to have a special importance. The maintenance of internal order is an essential aspect of the exercise of sovereignty. Its maintenance in these enclaves was not possible if all access were denied to the Portuguese organs of government except unarmed civilian officials.

The history of the enclaves, their geographical situation, the recognition of Portugal's sovereignty thereover, the obvious necessity for some right of passage sufficient to enable Portuguese sovereignty to be exercised, presents as well the background against which the conduct of the Parties and the practice they followed must be measured. Sovereignty is not a mere status, it connotes an ability to exercise the rights of sovereignty. Recognition that sovereignty over the enclaves was vested in Portugal was a recognition of Portugal's rights to exercise sovereignty within them; otherwise the recognition of sovereignty would have been meaningless.

For Portugal to exercise its rights of sovereignty, passage not only for private persons, unarmed Portuguese civil officials and goods in general, but also for armed forces, armed police and arms and ammunition was in fact indispensable. Necessity for passage being implicit in the very existence of the enclaves, the recognition of Portuguese sovereignty, taken in conjunction with the constant and uniform practice which was followed, establishes in my opinion that a right of passage in respect of all the six categories referred to had been acquired by Portugal long before the events of 1954.

The long, uninterrupted, and continuous passage permitted by the British and India in respect of armed forces, armed police, and arms and ammunition is, in all the circumstances, far more consistent with a conclusion that both the British and India recognized an obligation on their part, subject to their regulation and control, to allow their passage, than with a conclusion that the matter of passage was solely one for their absolute and arbitrary discretion and that they were at liberty, if they so wished, at any time to put an end forever to further passage, isolate, for all practical purposes,

ont reconnu la souveraineté portugaise sur les enclaves, reconnaissance qui pourtant non seulement est incontestable, mais encore constitue le fait central en l'espèce. Autre fait vital et incontestable : l'exercice de cette souveraineté exigeait l'octroi d'un certain passage aux Portugais. Un autre encore : la reconnaissance de cette situation tant par les Britanniques que par l'Inde.

Au cours de la procédure orale, le conseil du Gouvernement de l'Inde a admis « que le Portugal ne pouvait exercer sa souveraineté si on lui interdisait tout passage d'agents officiels et, ce qui est actuellement le cas, de forces de police ». Les faits susmentionnés revêtent une importance particulière pour déterminer si la coutume a créé un droit de passage et, dans l'affirmative, en définir la nature et la portée. Le maintien de l'ordre intérieur est un aspect essentiel de l'exercice de la souveraineté. Son maintien dans les enclaves était impossible dès lors qu'on en refusait entièrement l'accès aux agents gouvernementaux portugais, à l'exception des fonctionnaires civils non armés.

L'histoire des enclaves, leur situation géographique, la reconnaissance de la souveraineté du Portugal sur elles, la nécessité évidente d'un certain droit de passage suffisant pour permettre au Portugal d'y exercer sa souveraineté, tels sont les éléments en fonction desquels il convient d'apprécier l'attitude des Parties et la pratique qu'elles ont suivie. La souveraineté n'est pas un simple statut, elle implique la faculté d'en exercer les droits. Reconnaître que la souveraineté sur les enclaves appartenait au Portugal, c'était reconnaître également les droits du Portugal à y exercer sa souveraineté; sans quoi la reconnaissance de la souveraineté n'eût été qu'un vain mot.

Pour que le Portugal puisse exercer ses droits de souveraineté, le passage non seulement des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais non armés et des marchandises en général, mais aussi des forces armées, de la police armée, des armes et des munitions était en fait indispensable. La nécessité du passage étant implicitement contenue dans l'existence même des enclaves, la reconnaissance de la souveraineté portugaise, considérée conjointement avec la pratique constante et uniforme qui a été suivie, établit, à mon avis, que le Portugal avait acquis un droit de passage pour chacune des six catégories considérées à une date très antérieure aux événements de 1954.

Étant donné le passage prolongé et ininterrompu autorisé par les Britanniques et par l'Inde pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions et eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, il est beaucoup plus logique de conclure que les Britanniques et l'Inde ont chacun reconnu à leur propre charge l'obligation, sous leur réglementation et leur contrôle, d'autoriser ce passage, plutôt que d'en déduire que la question du passage relevait exclusivement de leur discrétion absolue et arbitraire et qu'il leur était loisible à tout moment, si tel était leur désir, de mettre fin

the enclaves from Portuguese authority and thus effectively prevent the Portuguese from exercising their acknowledged sovereignty over the enclaves.

In my opinion the record establishes a practice during the British and post-British periods, accepted as law by the Parties, to allow the passage of armed forces, armed police, and arms and ammunition, as well as that of private persons, civil officials and goods in general, to the extent necessary in the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, and subject to the regulation and control of India, for the purposes of, but only for the purposes of, the normal day-to-day administration thereof, including the maintenance of law and order.

A right of passage having been established, there was a correlative obligation on India not to prevent the exercise of that passage; it could regulate and control it; it could not prevent it or render it nugatory or illusive.

The Court has held that no breach by India of its international obligation has been proved. Again, I regret that I am unable to agree, even assuming—as for the purpose of this part of my opinion I do—that the right of passage acquired by Portugal was limited to the first three categories mentioned in the Court's Judgment.

In 1954 India did not acknowledge that Portugal had any right of passage. India had persuaded itself that it was in its absolute discretion, if it wished, completely to prevent Portugal from having any access to the enclaves.

In order to ascertain whether any breach was committed by India it is, I think, proper to have regard to the background furnished by certain events which occurred over a period of upwards of four years prior to July 1954. These disclose a widening estrangement between Portugal and India and a progressive tightening of restrictions on all movement by the Portuguese into and across Indian territory including ultimately and specifically movement between Daman and the enclaves.

On 27 February 1950 the Government of India approached the Portuguese Ministry of Foreign Affairs with the view that Portugal should agree to the integration of her territories in the Indian Peninsula within the Republic of India. It sought the acceptance

pour toujours au passage, d'isoler dans la pratique les enclaves de l'autorité portugaise et ainsi d'empêcher effectivement les Portugais d'exercer la souveraineté qui leur était reconnue sur les enclaves.

A mon avis, le dossier établit l'existence au cours des périodes britannique et post-britannique d'une pratique acceptée comme étant le droit par les Parties, consistant à autoriser le passage des forces armées, de la police armée, et des armes et munitions, ainsi que des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandes en général, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde, en vue, mais en vue seulement, de l'administration normale journalière de ces enclaves, y compris le maintien du droit et de l'ordre.

Un droit de passage une fois établi, il existait à la charge de l'Inde une obligation correspondante de ne pas empêcher l'exercice de ce passage; l'Inde pouvait le soumettre à sa réglementation et à son contrôle; elle ne pouvait l'empêcher ni le rendre nul ou illusoire.

La Cour a estimé qu'on n'avait prouvé à la charge de l'Inde aucun manquement à ses obligations internationales. Cette fois encore, je regrette de ne pouvoir me ranger à cette vue, même en présumant — comme je le fais dans cette partie de mon opinion — que le droit de passage acquis par le Portugal était limité aux trois premières catégories mentionnées dans l'arrêt de la Cour.

En 1954, l'Inde n'a reconnu l'existence d'aucun droit de passage en faveur du Portugal. Elle s'est convaincue qu'il lui était entièrement loisible, si tel était son désir, de refuser au Portugal tout accès aux enclaves.

Pour trancher la question de savoir si l'Inde a commis un manquement quelconque à ses obligations, il convient à mon avis de la situer dans le cadre de certains événements survenus au cours d'une période remontant jusqu'à quatre ans avant le mois de juillet 1954. Ceux-ci montrent comment le Portugal et l'Inde se sont progressivement éloignés l'un de l'autre et comment se sont resserrées les restrictions imposées à tout mouvement des Portugais pour pénétrer dans le territoire indien ou le traverser, y compris, finalement et spécifiquement, aux déplacements entre Damao et les enclaves.

Le 27 février 1950, le Gouvernement de l'Inde a pris contact avec le ministère des Affaires étrangères du Portugal pour lui faire connaître qu'à son avis le Portugal devrait accepter l'intégration dans la République de l'Inde de ses territoires de la péninsule indienne.

of this principle by Portugal, leaving to be discussed the ways and means to give it effect.

By Memorandum dated 15 June 1950, Portugal made it clear that the transfer of any Portuguese territory could not be considered.

On receipt of this Memorandum the Indian Minister in Portugal stated that his Government could not accept the Portuguese refusal of India's proposal as a final disposition of the question or acquiesce in the continuance of the existing position.

On 14 January 1953, the Indian Government addressed a further Note on the same subject to the Government of Portugal. It asked that the principle of direct transfer should be accepted first and that this should be followed by a *de facto* transfer of the administration. "No longer ... is it compatible with the status of India ... that pockets of foreign territory, however small in area ... should continue to exist on Indian soil..." "The Government of India has come to the conclusion that no solution is now possible except on the basis of a direct transfer which would ensure the merger of these territories at an early date with the Indian Union."

On 1 May 1953, Portugal having refrained from replying to this renewed request and having refused to discuss the question of a direct transfer with the Indian Chargé d'Affaires, India, by Note of this date, notified Portugal that unless it was prepared to discuss the question of direct transfer, it proposed to close its Legation in Lisbon. The Note stressed again the Government of India's view that Portuguese possessions should become an integral part of the territory of the Union of India.

Portugal, on 15 May 1953, replied to both the preceding Notes. It adhered to its refusal to discuss India's request, and asked India to reconsider its intention to close its Legation.

On 26 May 1953 India notified Portugal that its Legation would be closed from 11 June 1953.

In October 1953 India prohibited the transit of armed Portuguese police or military personnel across Indian territory.

On 2 December 1953 the Portuguese Legation at New Delhi, by Note to India's Foreign Affairs Ministry, stated that information had been received that Indian authorities had as from 26 November 1953 forbidden the transit of the Governor of Daman District, of the European officials and the car of the Portuguese police through Indian territory between Daman and Nagar-Aveli unless provided with passports and Indian visas. The Portuguese Note stated that it would "hamper administration of the said territories"; it was felt that the measure was unfriendly.

Il demandait au Portugal une acceptation de principe, les modalités d'exécution devant faire l'objet de négociations.

Par un mémorandum en date du 15 juin 1950, le Portugal a répondu qu'il ne saurait envisager le transfert d'aucun territoire portugais.

Au reçu de ce mémorandum, le ministre de l'Inde au Portugal a déclaré que son Gouvernement ne saurait accepter le refus opposé par le Portugal à la proposition de l'Inde comme un règlement définitif de la question, ni se satisfaire du maintien de la situation existante.

Le 14 janvier 1953, le Gouvernement de l'Inde a adressé une nouvelle note sur le même sujet au Gouvernement du Portugal. Il demandait l'acceptation préalable du principe d'un transfert direct, qui devrait être suivie d'un transfert de fait de l'administration. « Il y a désormais incompatibilité entre le statut de l'Inde ... et le maintien sur son sol de poches de territoire étranger, aussi réduites soient-elles. » « Le Gouvernement de l'Inde est parvenu à la conclusion qu'aucune solution du problème n'est plus possible, si ce n'est sur la base d'un transfert direct qui assurera à une date rapprochée la réunion de ces territoires à l'Union indienne. »

Le Portugal s'étant abstenu de répondre à cette demande renouvelée et ayant refusé de discuter la question d'un transfert direct avec le chargé d'affaires de l'Inde, l'Inde, par une note en date du 1^{er} mai 1953, a fait connaître au Portugal qu'elle se proposait de fermer sa légation à Lisbonne, à moins que le Gouvernement portugais ne se montre disposé à discuter la question du transfert direct. La note soulignait une fois de plus que, selon la thèse du Gouvernement de l'Inde, les possessions portugaises devraient devenir partie intégrante du territoire de l'Union indienne.

Le 15 mai 1953, le Portugal a répondu aux deux notes qui précèdent. Il maintenait son refus de discuter la demande de l'Inde et lui demandait de reconsidérer ses projets de fermeture de sa légation à Lisbonne.

Le 26 mai 1953, l'Inde a notifié au Portugal que sa légation serait fermée à partir du 11 juin 1953.

En octobre 1953, l'Inde a interdit le transit en territoire indien de forces de police ou de personnel militaire portugais armés.

Le 2 décembre 1953, la légation du Portugal à New Delhi, dans une note adressée au ministère des Affaires extérieures de l'Inde, a déclaré ce qui suit : il avait été porté à sa connaissance que les autorités indiennes avaient interdit, à partir du 26 novembre 1953, le passage sur le territoire de l'Union indienne entre Damao et Nagar-Aveli du gouverneur du district de Damao, des fonctionnaires européens et de la voiture de la police portugaise, à moins qu'ils ne soient munis de passeports portant le visa indien. La note portugaise soulignait que cette mesure rendait « difficile l'administration desdits territoires » et paraissait empreinte d'un caractère hostile.

This complaint was referred to in an Indian Note of 23 December 1953. India stated that it had been compelled to review its policy in view of the "general unfriendly attitude" of the Portuguese and the "misuse" of concessions hitherto enjoyed by Portuguese officials. However, to facilitate the administration of Nagar-Aveli the District Magistrates at Surat were "as a very special case" authorized to grant transit visas to permanent Portuguese European officials of Daman and Silvassa but no further concession could be considered. This practice as applied to transit between Daman and Nagar-Aveli was, I think, an innovation (see Annexes 35 and 39 to Portuguese Memorial, and Indian Annexes E. 51 and 52). It was the subject of further protests on the part of the Portuguese, on 18 January 1954 and 11 February 1954 (Annexes 39 and 40 to Memorial). The Note of 18 January (para. 4) stated that "the Governors of Daman, as well as the other officials of the district, including the Europeans, had always been allowed, by custom and tradition, to cross Indian territory between Daman and Nagar-Aveli ... without any formalities of visas or of presenting themselves to the Indian authorities".

On 3 February 1954, with immediate effect, trans-shipment through India from and to the Portuguese possessions in India of arms and ammunition of all categories was prohibited. The prohibition extended also to Portuguese civil and military personnel, excepting only the Governor-General of Goa and diplomatic and career consular officials accredited to the Government of India (Annex 45 to Memorial).

* * *

We now come to the events which occurred at Dadra and Nagar-Aveli.

It is, I think, important to consider those which took place at Nagar-Aveli separately from those at Dadra. India has throughout this case dealt with the two series of events as in substance one occurrence. There was of course an interconnection between them but they were quite separate occurrences.

On the evening of 21 July 1954 a band of men entered Dadra from Indian territory for the purpose of taking over the administration there. A *mêlée* ensued. Two Portuguese officers were killed. Portuguese resistance was overcome and its control displaced.

On 13 June 1954, the transit of vehicles between Daman and the enclaves had been interrupted by the Indian authorities. On 17 July 1954, India "decided to make certain changes in the

Dans sa note du 23 décembre 1953, l'Inde, faisant état de cette doléance, a déclaré s'être vue contrainte de reconsidérer son attitude en raison « de l'attitude généralement hostile » des Portugais et « de l'usage abusif » fait des concessions dont bénéficiaient jusqu'à présent les fonctionnaires portugais. Néanmoins, afin de faciliter l'administration de Nagar-Aveli, le *District Magistrate* de Surat était « à titre de cas très particulier » autorisé à accorder des visas de transit à des fonctionnaires portugais permanents à Damao et Silvassa, mais il ne pouvait être envisagé de faire aucune autre concession. Cette pratique en matière de transit entre Damao et Nagar-Aveli constituait, à mon sens, une innovation (voir annexes 35 et 39 au mémoire du Gouvernement du Portugal et annexes E. 51 et 52 au contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde). Elle a fait l'objet de nouvelles protestations de la part des Portugais le 18 janvier 1954 et le 11 février 1954 (annexes 39 et 40 au mémoire). La note du 18 janvier (par. 4) déclarait : « Les gouverneurs de Damao, de même que les autres fonctionnaires du district, y compris les Européens, ont toujours été autorisés, en vertu de la coutume et de la tradition, à traverser le territoire indien entre Damao et Nagar-Aveli ... sans aucune formalité de visa et sans se présenter aux autorités indiennes. »

Le 3 février 1954, le passage sur le territoire indien, en provenance ou en direction des possessions portugaises en Inde, d'armes et de munitions de quelque nature qu'elles soient, a été interdit, cette mesure entrant en vigueur immédiatement. Cette interdiction s'appliquait également au personnel civil et militaire portugais, à la seule exception du gouverneur général de Goa et des agents diplomatiques et consulaires de carrière accrédités auprès du Gouvernement de l'Inde (annexe 45 au mémoire).

* * *

Nous en arrivons maintenant aux événements survenus à Dadra et Nagar-Aveli.

Il importe, à mon sens, d'examiner séparément ce qui s'est passé à Nagar-Aveli et à Dadra. L'Inde a toujours en cette affaire considéré ces deux séries d'événements comme constituant en substance un fait unique. Il existe bien entendu un lien entre eux, mais ils n'en sont pas moins bien distincts.

Dans la soirée du 21 juillet 1954, un groupe d'hommes est entré à Dadra en provenance du territoire indien en vue d'en usurper l'administration. Une mêlée s'en est suivie. Deux officiers portugais ont été tués. La résistance des Portugais a été vaincue et leur contrôle évincé.

Le 13 juin 1954, les autorités indiennes avaient interrompu le transit des véhicules entre Damao et les enclaves. Le 17 juillet 1954, l'Inde avait « décidé d'apporter certaines modifications aux conces-

concessions hitherto granted to the Portuguese administration at Daman and Nagar-Aveli" with immediate effect. A number of new restrictions were imposed, the most important of which was that "the transport of firearms, and ammunition and military stores by a Portuguese officer, or intended for the Portuguese India Government, passing through Indian territory, will be prohibited". On the day preceding 21 July the Governor of Daman, proceeding to Dadra, was prevented from crossing the border. The Indian explanation is that he had merely been asked to submit certain clarifications regarding his return visa, that he had refused to give them and said he would obtain separate visas for the outward and return journeys. This he did, and he passed through to Dadra on 21 July. At the same time, on 20 July 1954, a bus on the regular service between Daman and Nagar-Aveli was forced to return when it was nearing Dadra.

It is stated by India that "in April 1954 the position in regard to travel between Portuguese possessions and India was that Goans who were not in the service of the Portuguese Government could enter Indian territory without formalities and freely move within it; and that Indian nationals also could enter the Portuguese possessions without requirement of passport and visa, but were required to report to the police authorities within a certain time of arrival and were subject to inspection of identity certificates. Portuguese Europeans and Portuguese native subjects who were in the service of the Portuguese Government were required to produce 'Guías' or passports having a visa for entry in or transit through India. *There was no ban on such entry or transit right up to the date of the insurrection in Dadra.* The day before the insurrection in Dadra, that is, on 21 July 1954, the Governor of Daman had been allowed to enter Indian territory and proceed to Dadra and to complete the return journey on the strength of visas granted by the Indian Government. *After the insurrection in Dadra, the Indian Government ceased to grant visas to Portuguese Europeans or to native subjects in the service of the Portuguese Government wishing to go to Dadra and Nagar-Aveli.*" (Indian Counter-Memorial, para. 211.)

On 26 July the Portuguese Government requested that delegates of the Governor of Daman (if necessary limited to three) should be permitted to go to Nagar-Aveli in order to enter into contact with the population, examine the situation and take the necessary measures on the spot. The request stated that if possible this delegation would also visit Dadra and examine the situation there. It mentioned that the delegation could be routed directly to Nagar-Aveli from Daman and need not necessarily pass through Dadra. This request was refused (Annex 52 to Memorial).

sions octroyées jusqu'à présent à l'administration portugaise de Damao et de Nagar-Aveli », ces modifications entrant en vigueur immédiatement. Elle imposait un certain nombre de nouvelles restrictions, dont la plus importante était la suivante: « Le transport à travers le territoire indien d'armes à feu, de munition, et de fournitures militaires par un officier portugais, ou pour le compte du Gouvernement de l'Inde portugaise, sera interdit ». La veille du 21 juillet, on a interdit au gouverneur de Damao, qui se rendait à Dadra, de traverser la frontière. Selon la thèse indienne, on lui avait simplement demandé de donner certaines précisions au sujet de son visa de retour; il s'y était refusé, déclarant qu'il obtiendrait des visas séparés pour les voyages aller et retour, ce qu'il fit, et il traversa la frontière à destination de Dadra le 21 juillet. En même temps, le 20 juillet 1954, un autocar du service régulier entre Damao et Nagar-Aveli a été contraint de faire marche arrière alors qu'il approchait de Dadra.

L'Inde déclare: « En avril 1954, la situation en matière de voyage entre les possessions portugaises et l'Inde était la suivante: les Goanais qui n'étaient pas fonctionnaires du Gouvernement portugais pouvaient pénétrer sur le territoire indien sans formalités et s'y déplacer librement; les ressortissants indiens pouvaient également pénétrer dans les possessions portugaises sans passeport ni visa obligatoires, mais devaient se présenter aux autorités de police dans un certain délai à partir de leur arrivée et étaient soumis à l'inspection de leurs papiers d'identité... Les Portugais d'origine européenne et les sujets portugais indigènes employés au service du Gouvernement portugais devaient présenter des « guías » ou passeports munis d'un visa d'entrée ou de transit en Inde. *Cette entrée ou ce transit ne firent l'objet d'aucune interdiction jusqu'au moment de l'insurrection de Dadra.* La veille de l'insurrection de Dadra, c'est-à-dire le 21 juillet 1954, le gouverneur de Damao avait été autorisé à entrer en Inde pour se rendre à Dadra et en revenir sur la foi de visas accordés par le Gouvernement indien. *Après l'insurrection de Dadra, le Gouvernement indien cessa d'accorder des visas aux Portugais d'origine européenne ou aux sujets portugais indigènes au service du Gouvernement portugais et désirant aller à Dadra et à Nagar-Aveli.* » (Contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde, par. 211.)

Le 26 juillet, le Gouvernement portugais a demandé que des délégués du gouverneur de Damao (au besoin limités au nombre de trois) soient autorisés à se rendre à Nagar-Aveli afin d'entrer en contact avec la population, d'examiner la situation et de prendre sur place les mesures nécessaires. La demande précisait que, si possible, cette délégation se rendrait également à Dadra pour y étudier la situation. La délégation pourrait cependant se rendre directement de Damao à Nagar-Aveli sans nécessairement passer par Dadra. Il n'a pas été fait droit à cette demande (annexe 52 au mémoire).

This was prior to any occurrences in Nagar-Aveli. It was not until 29 July that the first event which led during August to the overthrow of Portuguese authority in Nagar-Aveli occurred. Up to 29 July conditions within Nagar-Aveli were normal.

From the time of the events in Dadra and thenceforward the passage of all Portuguese civil officials or employees to either of the enclaves was banned. All passage was refused. In my opinion the banning of all transit by and the stopping of all further visas to Portuguese civil officials, whether native or European, followed by the refusal to permit the passage of these few delegates—the refusal of all passage to the enclaves—was in breach of India's international obligation in relation to Portugal's right of passage, unless it can be excused as within the qualification to Portugal's right which permitted India to regulate and control its exercise.

*

India contends that to have granted passage could have resulted in increased tensions and could have led to undesirable consequences.

It is relevant to observe that India did not purport in any way to regulate and control any right of Portugal to passage. Her attitude is that no such right existed.

If India had in fact purported to regulate and control Portugal's right of passage, it would have been relevant to enquire whether the action taken by India was in reality a regulation or control of the right of passage, or was directed to another and different purpose. It would have been relevant to enquire whether it was in fact directed to control and regulation as such, or whether it was directed to the right of passage as such so as to render it nugatory. India cannot be in any better position in this case than she would have been had she purported to have regulated and controlled Portugal's right of passage.

In my opinion, the key to the question whether its actions were or were not a breach of its obligation to conduct itself in consonance with the international right acquired by Portugal, is to be found in the conduct of India and the series of progressive restrictions on passage imposed by it since 1953. The refusal to grant visas to any civil officials after the incursion into Dadra and the refusal to permit the passage to Nagar-Aveli of but a few delegates of the Governor of Daman cannot be seen in isolation. They were part of the pattern already formed by the past.

An examination of the evidence forces me to the conclusion that the dominant purpose of India immediately after the events at Dadra, to which all other considerations were subordinated, was to

Tout cela s'est produit avant que quoi que ce soit n'eut lieu à Nagar-Aveli. C'est seulement le 29 juillet qu'est survenu le premier événement qui a abouti dans le courant du mois d'août au renversement de l'autorité portugaise à Nagar-Aveli. Jusqu'au 29 juillet, la situation y est restée normale.

Depuis les événements de Dadra, le passage de tous les fonctionnaires ou employés civils portugais à destination de l'une ou l'autre des enclaves est interdit. Tout passage a été refusé. A mon avis, l'interdiction de tout passage et le refus de tout nouveau visa aux fonctionnaires civils portugais tant indigènes qu'européens, suivi du refus d'autoriser le passage demandé pour quelques délégués — le refus d'autoriser tout passage à destination des enclaves a constitué un manquement de l'Inde à ses obligations internationales correspondant au droit de passage du Portugal, à moins qu'on ne puisse excuser cet acte en admettant qu'il relève de la restriction frappant le droit du Portugal et soumettant son exercice à la réglementation et au contrôle de l'Inde.

* * *

L'Inde soutient qu'en accordant le passage on aurait risqué d'accroître la tension et d'aboutir à des conséquences fâcheuses.

Il convient d'observer que l'Inde ne prétendait aucunement réglementer ou contrôler le droit de passage du Portugal. Son attitude est que ce droit n'existait pas.

Si l'Inde avait en fait prétendu réglementer et contrôler le droit de passage du Portugal, il aurait été nécessaire de rechercher si les mesures prises par elle étaient en réalité une réglementation ou un contrôle du droit de passage, ou si elles avaient un but autre et différent. Il aurait été nécessaire de rechercher s'il s'agissait en fait d'un contrôle et d'une réglementation comme tels, ou si la mesure visait le droit de passage en soi, de manière à le contrecarrer. Dans ce cas, l'Inde ne saurait être dans une position meilleure que si elle avait prétendu réglementer et contrôler le droit de passage du Portugal.

A mon avis, la clé de la question de savoir si les mesures étaient ou non contraires à l'obligation de se conformer au droit international acquis par le Portugal se trouve dans la conduite de l'Inde et la série de limitations progressives qu'elle a imposées au droit de passage depuis 1953. Le refus d'accorder des visas à aucun fonctionnaire civil après l'incursion à Dadra et le refus d'autoriser le passage à Nagar-Aveli de quelques délégués du gouverneur de Damao ne doivent pas être examinés isolément. Ce sont des faits qui entrent dans un contexte historique.

L'examen des preuves m'oblige à conclure que le but dominant de l'Inde immédiatement après les événements de Dadra, but auquel étaient subordonnées toutes autres considérations, était d'inter-

exclude the Portuguese thenceforth from any further access to the enclaves. For reasons unconnected with any question of regulation or control of passage as such or of any right of passage, it was not prepared to permit civil officials or any organ of Government to pass to the enclaves under any circumstances and acted accordingly. By India's actions Nagar-Aveli became isolated from the Portuguese authorities at Daman before the events which occurred there had taken place, and has, in the events which have happened, continued to be so ever since.

The qualification of Portugal's right making it in its exercise subject to India's control and regulation affords in the circumstances no protection to India. Breach of its international obligation has been established. In my opinion the Court should have so found and should then have proceeded to consider the resulting situation, and the contentions advanced by India to the effect that any obligations with regard to passage binding on it in July 1954 should be regarded as having lapsed or become unenforceable against it as a result of events and circumstances which have since occurred.

(Signed) Percy SPENDER.

dire à l'avenir aux Portugais tout accès aux enclaves. Pour des raisons sans aucun rapport avec une réglementation ou un contrôle quelconques du passage comme tel ou d'un droit de passage, l'Inde n'était pas disposée à autoriser les fonctionnaires civils ou un agent quelconque du Gouvernement à se rendre aux enclaves quelles que fussent les circonstances, et elle agissait en conséquence. Les actes de l'Inde avant les événements qui se sont produits à Nagar-Aveli ont isolé cette région des autorités portugaises à Damao, et cet isolement s'est maintenu depuis lors.

La condition qui subordonne, dans son exercice, le droit du Portugal au contrôle et à la réglementation de l'Inde ne fournit ici aucun argument à l'Inde. Il est démontré que celle-ci a violé son obligation internationale. A mon avis, c'est ce que la Cour aurait dû constater, et elle aurait alors dû procéder à l'examen de la situation qui en est résulté et des thèses invoquées par l'Inde tendant à ce que toute obligation relative au passage qui pouvait lui incomber en juillet 1954 devait être considérée comme caduque ou comme ne lui étant plus opposable à la suite des circonstances et des événements survenus depuis lors.

(Signé) Percy SPENDER.

DISSENTING OPINION OF JUDGE CHAGLA

In my opinion the fifth and sixth objections of India should prevail and the Court should hold that it has no jurisdiction to entertain Portugal's Application.

Fifth Objection

With regard to the fifth objection in my opinion it is now only of academic importance, and I have nothing to add to what I have already stated in my dissenting opinion on the Preliminary Objections.

Sixth Objection

I have very little to add to what I said in my dissenting opinion on the Preliminary Objections. I can sum up the objection in one sentence. The real dispute is with regard to the obligation of India, not with regard to her violation of that obligation; and the source of that dispute is the conflicting views taken by India and Portugal as to the true legal effect of the events from 1779 onwards. Thus put, it is clear that the situations and facts for the purpose of this objection took place prior to 1930.

Further the Court has no jurisdiction to adjudicate upon facts and situations which arose prior to the relevant date. Three aspects of the matter may be considered. Parties may not be at divergence with regard to these facts and situations, in which case no adjudication is called for as in the case of the *Electricity case* where there was no dispute as to the Awards of the Tribunal. The second aspect is where the facts and situations may be only part of *res gestae* and may not have any causal connection with the dispute. In this case also adjudication in the strict sense is not called for. But the third case is the case we have here. If there is a causal connection between the facts and situations and the dispute or the facts and situations are the source of the dispute, then the Court would be adjudicating upon something which the State submitting to the jurisdiction of the Court has expressly excluded from the Declaration accepting the jurisdiction of the Court. This was the case in the *Morocco Phosphates case* where the *dahir* of 1921 was outside the relevant period.

The object of this reservation *ratione temporis* is clearly to keep ancient disputes outside the jurisdiction of the Court. In this case the Court is being called upon to adjudicate upon the divergent view of the Parties with regard to situations and facts which go back 200 years. Let us take a practical view of the matter. India is fortunately in a position to produce a vast volume of documentary

OPINION DISSIDENTE DE M. CHAGLA

[Traduction]

A mon avis la cinquième et la sixième exceptions préliminaires de l'Inde devraient être retenues et la Cour devrait juger qu'elle est sans compétence pour connaître de la requête du Portugal.

Cinquième exception

Quant à la cinquième exception, elle ne présente plus, selon moi, qu'un intérêt théorique, et je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai déjà dit à ce sujet dans mon opinion dissidente sur les exceptions préliminaires.

Sixième exception

Je n'ai que très peu de choses à ajouter à ce qui est dit dans mon opinion dissidente sur les exceptions préliminaires. Je puis résumer en une phrase cette objection: le véritable différend porte sur l'obligation de l'Inde et non sur la violation de cette obligation; et la source du différend réside dans les vues opposées de l'Inde et du Portugal quant au véritable effet juridique des événements qui se sont déroulés depuis 1779. Ainsi présentés il est évident que les situations et faits invoqués au sujet de cette exception se situent avant 1930.

En outre, la Cour n'est pas compétente pour statuer sur des faits et des situations antérieurs à la date pertinente. La question peut être envisagée sous trois aspects. Les Parties peuvent ne pas s'opposer quant à ces faits et situations, auquel cas il n'y a pas lieu de trancher — c'est ce qui s'est passé dans l'affaire de l'*Électricité*, où les jugements arbitraux du Tribunal n'étaient pas contestés. Le second aspect, c'est celui où les faits et situations peuvent ne représenter qu'une partie des *res gestae* et même n'avoir pas de rapport de causalité avec le différend. Là encore il n'est pas nécessaire de trancher au sens exact du mot. Mais le troisième cas est celui auquel nous avons affaire ici. S'il existe un rapport de causalité entre les faits et situations et le différend ou encore si les faits et situations sont la source du différend, la Cour dès lors déciderait sur ce que l'État qui soumet sa cause à la compétence de la Cour a expressément exclu de la déclaration acceptant la juridiction de la Cour. C'était le cas dans l'affaire des *phosphates du Maroc* où le *dahir* de 1921 était antérieur à la période visée.

L'objet de cette réserve *ratione temporis* est évidemment de soustraire à la compétence de la Cour les différends anciens. Dans la présente affaire on demande à la Cour de décider entre les opinions divergentes des Parties sur des situations et des faits qui remontent à deux cents ans. Voyons les choses avec réalisme: l'Inde est fort heureusement en mesure de produire un volume considérable de

evidence to resist Portugal's claim and to demonstrate its hollowness. But India would have been seriously prejudiced if the evidence had not been preserved or had been destroyed. When India made her Declaration in 1940 she definitely did not intend that matters and situations which arose before 1930 and went back 200 years would come before the International Court and she would be called upon to explain and give an account with regard to them.

This is precisely the reason why the Court in the *Phosphates in Morocco case* observed: "to preclude the possibility of the submission to the Court by means of an application of situations or facts dating from a period when the State whose action was impugned was not in a position to foresee the legal proceedings to which these facts and situations might give rise".

Portugal has sought to draw a distinction between source of right and source of dispute—and she says that facts and situations prior to 1930 deal with the source of Portugal's right. There is a clear fallacy in this argument. If there is a divergence or difference between the Parties as to the very sources of the right claimed, then it is clear that this divergence or difference constitutes the source of the dispute which is before the Court. In the *Electricity case* the source of the right was the Awards of the Mixed Tribunal. There was no difference or divergence between the parties with regard to these Awards. It is precisely because of this that the Court held that the date of the Awards was irrelevant for the purpose of considering the *ratione temporis* limitation.

It is incorrect to suggest, as suggested by Portugal, that for the purpose of the *ratione temporis* limitation the only factor that is legitimate to consider is the unlawful acts of India about which Portugal complains. These alleged unlawful acts are only the incidents which brought the matter to a head and forced Portugal to come to this Court. They can have no bearing on the controversy between the Parties. And if the controversy goes back further than 1930, then the jurisdiction of the Court is clearly excluded.

Portugal urges that the dispute is about the right of passage and its violation. That is strictly not correct. The substantial dispute is about the right of passage. The question of violation is only ancillary to the question of right. If there is no right, there can be no violation. Violation merely constitutes the accrual of the cause of action which entitled Portugal to come to Court.

Counsel for Portugal gave the instance of a debt and the failure to pay the debt. In my opinion, if the debt was contracted before the relevant date and the Court has to pronounce upon its validity, then clearly the Court would have no jurisdiction by reason of *ratione temporis*. If the debt was not disputed, then the position would be different.

documents qui lui permettent de réfuter la prétention portugaise et d'en montrer l'inanité. Mais elle serait en très fâcheuse posture si la preuve n'avait pas été conservée ou si elle avait été détruite. Lorsque l'Inde a fait en 1940 sa déclaration, elle ne prévoyait assurément pas que des problèmes et des situations datant d'avant 1930 et qui remontaient parfois à deux cents ans seraient soumis à la Cour internationale et qu'elle serait appelée à les expliquer et à en rendre compte.

C'est précisément la raison donnée par la Cour dans l'affaire des *phosphates du Maroc* lorsqu'elle parle d'« exclure la possibilité de voir déferés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'État mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations ».

Le Portugal s'est efforcé d'établir une distinction entre la source du droit et la source du différend -- et il déclare que les faits et les situations antérieurs à 1930 ont trait à la source du droit du Portugal. Il y a une erreur évidente dans cet argument. S'il existe une divergence ou une différence entre les Parties quant aux sources du droit revendiqué, il est évident dès lors que cette divergence ou cette différence constitue la source du différend soumis à la Cour. Dans l'affaire de l'*Électricité*, la source du droit, c'était les sentences du tribunal mixte. Aucune différence ou aucune divergence n'opposait les parties à l'égard de ces sentences. C'est précisément pour cela que la Cour a décidé que la date des sentences n'avait pas à être prise en considération à l'égard de la réserve *ratione temporis*.

On ne saurait prétendre, comme le fait le Portugal, qu'à l'égard de la réserve *ratione temporis* le seul facteur dont on puisse légitimement tenir compte ce sont les actes illicites de l'Inde dont se plaint le Portugal. Ces prétendus actes illicites ne sont que les incidents qui ont provoqué la crise et obligé le Portugal à se présenter devant cette Cour. Ils n'ont aucun rapport avec la controverse qui oppose les Parties. Et si cette controverse remonte plus loin que 1930, il est évident que la compétence de la Cour est exclue.

Le Portugal affirme que le différend porte sur le droit de passage et sa violation: ce qui n'est pas exact, strictement parlant. La substance du différend a trait au droit de passage. La question de la violation de ce droit n'est que secondaire par rapport à celle du droit. S'il n'y a pas de droit il ne peut y avoir violation. La violation ne constitue qu'une aggravation du motif de l'action qui a permis au Portugal de venir devant la Cour.

Le conseil du Portugal a invoqué l'exemple d'une dette et du défaut de paiement de cette dette. J'estime que si la dette a été contractée avant la date pertinente et si la Cour doit se prononcer sur sa validité, elle ne sera évidemment pas compétente en vertu de la réserve *ratione temporis*. Si la dette n'est pas contestée, la position serait différente.

It is contended by Portugal that such a wide construction of the *ratione temporis* reservation would deprive the Court of jurisdiction in most cases, because under international law most legal titles arise before 1930, the date selected by most countries accepting the compulsory jurisdiction of the Court. The fallacy underlying this contention is that in most cases, legal titles are not disputed, as—to refer once more to the *Electricity case* the Awards of the Mixed Tribunal were not disputed.

It is unnecessary for me to point out the innumerable instances prior to 1930 where Portuguese access to the enclaves gave rise to divergence of opinion and even to actual disputes. Let me only quote from a letter of the Governor of Goa dated 12 September 1859 (p. 175, Indian Annex to Counter-Memorial): "The ever-mooting disputes which have for so long troubled the British and Portuguese Governments."

On the merits, in my opinion, India has substantially won. Although I take the view that Portugal has no right of passage whatever, inasmuch as the Court has found in favour of Portugal a very limited right confined to private persons, goods and civil officials, and inasmuch as India herself has stated that she has no objection to the passage of private persons and goods, and the right regarding civil officials is of little consequence and is also subject to the regulatory power of the Government of India, I think that the Judgment of the Court in the main vindicates the attitude taken up by India in the controversy between herself and Portugal over the question of the right of passage.

I should like briefly to state the reasons why I have come to the conclusion that Portugal has failed to establish that she has any right of passage as claimed by her.

The claim put forward by Portugal in this case is an extraordinary and unprecedented one. She claims a right of transit from Daman to her enclaves in Dadra and Nagar-Aveli through Indian territory. She concedes that her right is without immunities—direct or indirect. She admits the complete and absolute sovereignty of India over the territory over which she claims a right of transit. Her case is that the right she claims does not lead to the dismemberment of India's sovereignty but only the acceptance by India of certain obligations towards Portugal in the exercise of her sovereignty. Portugal has refused to define the extent or the content of this right. The purpose of this right, according to her, is to make it possible to exercise her sovereignty in the enclaves and for that purpose to maintain a liaison between Daman and the enclaves. She is unable to tell the Court what the conditions or modalities of this right should be—this, according to her, is for India to lay down, so long as these do not conflict with her fundamental right to maintain a

Le Portugal affirme qu'une interprétation aussi large de la réserve *ratione temporis* priverait la Cour de sa compétence dans la plupart des cas, du fait qu'aux termes du droit international la majeure partie des titres juridiques sont antérieurs à 1930, date choisie par la plupart des pays pour accepter la juridiction obligatoire de la Cour. La notion inexacte qui sert de base à sa prétention c'est que, dans la plupart des cas, les titres juridiques ne sont pas contestés comme ne l'étaient pas, par exemple — pour citer une fois de plus l'affaire de l'*Électricité* —, les sentences des tribunaux mixtes.

Je n'ai pas besoin de signaler les innombrables exemples antérieurs à 1930 où l'accès du Portugal aux enclaves a donné lieu à des divergences de vue et même à de véritables différends. Je me bornerai à citer la lettre du gouverneur de Goa en date du 12 septembre 1859 (annexe indienne au contre-mémoire, p. 175) qui parle des « différends demeurés pendants qui ont depuis si longtemps séparé les Gouvernements britannique et portugais ».

Sur le fond, j'estime que l'Inde a triomphé à toutes fins utiles. Bien qu'à mon avis le Portugal n'ait aucun droit de passage, puisque la Cour a reconnu au Portugal un droit très limité réduit aux personnes privées, aux marchandises et aux fonctionnaires civils et puisque l'Inde elle-même a déclaré qu'elle n'a pas d'objection au passage des personnes privées et des marchandises et que le droit concernant les fonctionnaires civils a peu de conséquence et qu'il est soumis au pouvoir réglementaire du Gouvernement indien, je considère que, dans l'ensemble, l'arrêt de la Cour approuve l'attitude prise par l'Inde dans la controverse entre elle et le Portugal sur la question du droit de passage.

Je désire indiquer brièvement les motifs pour lesquels j'en suis arrivé à la conclusion que le Portugal n'avait pas démontré l'existence du droit de passage tel qu'il le revendique.

Le Portugal formule dans cette affaire une revendication extraordinaire et sans précédent. Il réclame un droit de transit de Damao à ses enclaves de Dadra et Nagar-Aveli, sur le territoire indien. Il admet que son droit ne comporte aucune immunité, directement ni indirectement. Il reconnaît la souveraineté complète et absolue de l'Inde sur le territoire sur lequel il revendique un droit de transit. Il soutient que ce droit aboutit non pas au démembrement de cette souveraineté, mais seulement à l'acceptation par l'Inde de certaines obligations à l'égard du Portugal, dans l'exercice de cette souveraineté. Le Portugal a refusé de définir l'étendue ou le contenu de ce droit qui, selon lui a pour but de rendre possible l'exercice dans les enclaves de la souveraineté portugaise et d'assurer, à cet effet, le maintien des communications entre Damao et les enclaves. Le Portugal est incapable d'indiquer à la Cour quelles devraient être les conditions ou les modalités de ce droit ; selon lui, c'est à l'Inde qu'il appartient de les préciser, aussi longtemps qu'elles n'entrent

liaison between Daman and the enclaves. The right she claims is like a geometrical line between two points without any breadth.

It will be noticed that the subtle distinction drawn by Portugal between dismemberment of sovereignty and limitation in the exercise of sovereignty is difficult to substantiate. To the extent that India is sovereign she must have complete, absolute and unrestricted right to regulate the passage of goods, men and traffic---and regulation must include complete prohibition. To the extent that Portugal claims that India cannot prohibit her passage to the enclaves it must inevitably mean the dismemberment of her sovereignty - it must involve a restraint and limitation of her sovereignty.

It is also difficult to understand how any right of transit can be without any immunities whatever. This concession makes the right even more unsubstantial than it already is. Portugal says that she has no right to object to the manner in which India can regulate this right. She can impose customs duties. She can prohibit the entry of certain types of goods, she can insist on prior authorization before arms or armed men can enter or leave the enclaves. These are all immunities which are under the sole competence of India -- but she cannot completely cut off Portugal's communications with her enclaves. When one analyses the situation, in the ultimate analysis, Portugal is in fact claiming a right of transit with immunities. She is claiming certain immunities which India cannot change or abolish. India can prohibit this or that, she can regulate this or that, but she cannot prohibit or regulate something else. What else can this be except a claim of a right of transit with immunities, however limited or restricted they may be? It is merely a futile exercise in dialectics to say that Portugal does not wish to interfere with India's right to regulate the right of transit so long as India does not make the exercise of that right impossible.

There is one further difficulty about the right which Portugal claims. In order that the Court should award her that right, the Court must be in a position clearly to define it-- so that it would be capable of being enforced on the one hand and of being complied with on the other. But the right claimed by Portugal is a vague, shadowy, unsubstantial and indefinite right---whose content and modalities would change from time to time and whose enforceability would depend upon circumstances as they change from day to day. India would determine to what extent the right should be allowed and even in certain eventualities to suspend it altogether. It would then be for Portugal to complain of an unlawful act on the part of India and bring the matter before the Court. So we have a grim

pas en conflit avec le droit fondamental du Portugal au maintien de communications entre Damao et les enclaves. Le droit ainsi revendiqué pourrait être comparé à une ligne géométrique sans épaisseur reliant deux points.

On remarquera qu'il est difficile de fournir des justifications à l'appui de la subtile distinction établie par le Portugal entre démembrement de souveraineté et restriction à l'exercice de la souveraineté. Dans la mesure où l'Inde est souveraine, elle doit posséder, de façon complète, absolue et illimitée, le droit de réglementer — et même d'interdire complètement le passage et la circulation des biens et des personnes. Dans la mesure où le Portugal soutient que l'Inde ne peut lui interdire le passage vers les enclaves, cela implique inévitablement le démembrement de la souveraineté de l'Inde et cela entraîne la restriction et la limitation de cette souveraineté.

Il est également difficile de comprendre comment il peut y avoir droit de transit sans immunité aucune. En raison de cette concession, le droit paraît encore plus dépourvu de fondement. Le Portugal déclare ne pas avoir le droit de faire des objections à la manière dont l'Inde peut le réglementer. L'Inde peut imposer des droits de douane. Elle peut interdire l'entrée de certaines catégories de biens; elle peut exiger une autorisation préalable avant que des armes ou des personnes armées n'entrent ou ne sortent des enclaves. Toutes ces immunités relèvent de la seule compétence de l'Inde — elle ne peut cependant pas couper complètement les communications du Portugal avec ses enclaves. En dernière analyse, lorsqu'on étudie cette situation, on constate que le Portugal réclame, en fait, un droit de transit assorti d'immunités. Il revendique certaines immunités que l'Inde ne peut ni modifier, ni abolir. L'Inde peut édicter telle ou telle interdiction ou telle ou telle réglementation. Mais il y a d'autres choses qu'elle ne peut ni interdire, ni réglementer. De quoi s'agit-il donc, si ce n'est de la revendication d'un droit de transit assorti d'immunités, si limitées ou restreintes soient-elles? Ce n'est qu'un vain exercice de dialectique que de dire que le Portugal ne prétend pas porter atteinte au droit de l'Inde de réglementer le droit de transit, tant que l'Inde n'en rend pas l'exercice impossible.

Le droit que revendique le Portugal suscite une difficulté supplémentaire. Pour lui accorder ce droit, la Cour doit être à même de le définir avec clarté — afin qu'il puisse, d'une part, être appliqué et, d'autre part, être respecté. Mais le droit que réclame le Portugal est vague, obscur, sans fondement et indéterminé. Son contenu et ses modalités varieraient avec le temps et la possibilité de l'appliquer dépendrait des circonstances, qui changent de jour en jour. C'est l'Inde qui déciderait dans quelle mesure le droit devrait être admis et même, dans certains cas, elle pourrait le suspendre complètement. C'est au Portugal qu'il appartient alors de se plaindre d'un acte illicite commis par l'Inde et de soumettre la question à la Cour. Nous avons ainsi la sombre perspective de litiges sans fin devant la

prospect of unending litigations in this Court. May I be permitted to quote a passage from Judge Lauterpacht's latest book, which very succinctly and very appropriately describes what I have just been saying:

"It is in accordance with the true function of the Court that the dispute submitted to it should be determined by its own decision and not by the contingent operation of an attitude of accommodation on the part of the disputants."

One thing is clear—if Portugal gets from this Court what she is asking, the dispute between India and Portugal will not be determined by its own decision. The Court will only be sowing seeds for future disputes and discords.

The Court has consistently emphasized the necessity of finally settling a dispute (see the case of *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* and also the *Corfu Channel case*).

The right claimed by Portugal lacks precision for another reason. You have to reconcile it between the needs of Portugal to exercise sovereignty and the regulating power of India to control and regulate it.

Needs of Portugal is an entirely subjective concept and it is impossible for the Court to declare a right which can be exercised, not according to any criterion laid down by the Court, but according to the subjective determination of Portugal, which determination may vary from time to time and according to varying circumstances.

On the question of local custom it is undoubtedly true that throughout the material period there was in fact transit between Daman and the enclaves—there was a constant and almost continuous traffic of goods and men. If the establishment of a local custom depends merely on a piling up of a large number of instances, then undoubtedly local custom can be said to be established in this case. But local custom under international law requires much more than that. It is not enough to have its external manifestation proved; it is equally important that its mental or psychological element must be established. It is this all-important element that distinguishes mere practice or usage from custom. In doing something or in forbearing from doing something, the parties must feel that they are doing or forbearing out of a sense of obligation. They must look upon it as something which has the same force as law. If I might put it that way, there must be an overriding feeling of compulsion—not physical but legal. That is what the jurisprudence on the subject calls the conviction of necessity. I do not wish to go into the subtleties of this jurisprudence. But the language of the Statute of the Court is clear and binding upon the Court. Article 38 (1) (b) lays down one of the sources of international law which the Court shall apply in deciding disputes before it. It says: international custom, as evidence of a general practice accepted as law.

Cour. Qu'il me soit permis de citer un passage du dernier livre du juge Lauterpacht qui exprime ce que je viens de dire avec concision et exactitude :

« Il est conforme au véritable rôle de la Cour que le différend dont elle est saisie soit tranché par sa propre décision et non pas par le jeu éventuel de l'attitude accommodante adoptée par les parties en litige. »

Une chose est claire : si le Portugal obtient de la Cour ce qu'il souhaite, le litige entre l'Inde et le Portugal ne sera pas tranché par la décision de la Cour. Elle ne fera que semer, pour l'avenir, les germes de différends et de discorde.

La Cour a toujours souligné la nécessité de trancher un litige de façon définitive (voir l'affaire relative à *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* et celle du *détroit de Corfou*).

Le droit revendiqué par le Portugal manque de précision pour une autre raison encore. Il faut le concilier à la fois avec les besoins du Portugal dans l'exercice de sa souveraineté et avec le pouvoir qu'a l'Inde de réglementer et de contrôler ce droit.

Les besoins du Portugal sont une notion tout à fait subjective et il est impossible pour la Cour de constater l'existence d'un droit susceptible d'être exercé non pas selon un critère formulé par la Cour, mais selon la définition subjective du Portugal, définition qui peut varier avec le temps et les circonstances changeantes.

Pour ce qui est de la coutume locale, il est vrai, sans aucun doute, que pendant toute la période qui nous intéresse, il y a effectivement eu transit entre Damao et les enclaves — il y a eu une circulation incessante et presque continue de biens et de personnes. S'il suffit, pour créer une coutume locale, d'accumuler de nombreux exemples, l'on peut alors, sans aucun doute, dire qu'il y a eu, dans ce cas, création d'une coutume locale. Mais en droit international, il faut beaucoup plus que cela pour qu'il y ait coutume locale. Il ne suffit pas d'apporter la preuve de sa manifestation extérieure ; il est également important d'en établir l'élément moral ou psychologique. C'est cet élément essentiel qui distingue la coutume d'une simple pratique ou d'un usage. Lorsque les parties agissent ou s'abstiennent d'agir d'une certaine manière, elles doivent avoir le sentiment d'obéir à une obligation. Cette obligation doit avoir à leurs yeux la même force que la loi. Si je puis m'exprimer ainsi, il faut qu'un sentiment de contrainte — non pas physique mais juridique — l'emporte sur tout. C'est ce que les auteurs appellent la conviction de la nécessité. Je n'ai pas l'intention d'aborder les subtilités de la doctrine en cette matière. Mais les termes du Statut de la Cour sont clairs et obligatoires pour la Cour. L'article 38, paragraphe 1 b, définit l'une des sources du droit international appliqué par la Cour pour trancher les différends qui lui sont soumis. Il mentionne « la

Now, from 1818 right down to 1954, there is not a single instance on record where Portugal has claimed the transit or passage as a right, or where Britain or India has admitted an obligation on their part to grant it. When one goes through the details—set out in such wealth in the pleadings—it is a case of permission or authorization granted by the Indian authorities, of permission or authorization modified or even permission or authorization revoked and even transit of certain types of goods and certain kinds of personnel completely prohibited.

The record contains several instances of complete prohibition of certain kinds of goods, and also of goods being made subject to the payment of customs duty. See, for instance, the prohibition of salt from Daman, the prohibition in British India of country liquor and other articles connected with its manufacture from any Portuguese territory, and the complete prohibition of all imports by land into Daman during the war years of 1939-1945.

The Barcelona Conference is important for the fact that, under Article 14 of the Convention, it was implicit that separate and special provisions with regard to enclaves, including the enclaves we are considering in this case, were to be made by the countries concerned. There was no suggestion at this Conference, by Portugal, that she had any right of transit. The question was to be regulated, not on the basis of any right but on the basis of an agreement to be arrived at between Portugal and India.

It may be that Portugal realized the necessity of maintaining a liaison with her enclaves. But Portugal's necessity does not constitute the conviction of necessity required for a local custom to which effect can be given. There must be an equally clear realization on the other side of an obligation to respect this necessity. And we seek in vain to find any such realization in the whole of the record, from 1818 till 1954, when both the enclaves were lost to Portugal. Concessions were made from time to time, both by the British and Indian Governments, but they were on the basis of either reciprocity or good-neighbourliness; but never on the basis of accepting a past practice as having the force of law. The record clearly shows that it was British interests, not a sense of obligation to the Portuguese, that guided Indian officials. They were prepared to help the Portuguese but only if it was convenient to do so. When they did so they were granting a request, not respecting a right.

At best and at the highest, Portugal has only established a series of revocable acts of courtesy and accommodation on the part of the British authorities.

The basis of the passage, as stated by Portugal herself, was the rule of good neighbourhood and international co-operation—moral

coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

Or, de 1818 à 1954, il n'est pas au dossier un seul cas où le Portugal ait revendiqué comme un droit le transit ou le passage; il n'est pas un seul cas où la Grande-Bretagne ou l'Inde aient reconnu avoir l'obligation de l'accorder. Lorsque l'on étudie les détails — si abondamment exposés dans les écritures —, on s'aperçoit qu'il s'agit de permissions ou d'autorisations accordées par les autorités indiennes, permissions ou autorisations modifiées ou même supprimées, et même de prohibitions totales du transit pour certaines catégories de biens et de personnes.

L'on trouve dans le dossier la mention de plusieurs cas où certaines catégories de biens ont fait l'objet d'une interdiction absolue, ainsi que de cas où des droits de douane ont été perçus sur des biens. Voir, par exemple, l'interdiction d'importer du sel en provenance de Damao et d'importer en Inde britannique l'alcool du pays et autres produits se rapportant à sa fabrication et provenant de tout territoire portugais; enfin, l'interdiction absolue de toute importation à Damao par voie de terre pendant les années de guerre 1939 à 1945.

La conférence de Barcelone est importante du fait que l'article 14 de la convention a implicitement prévu que les pays intéressés prendraient des dispositions distinctes et spéciales à l'égard des enclaves, y compris les enclaves que nous envisageons dans la présente espèce. Le Portugal n'a pas laissé entendre, au cours de cette conférence, qu'il eût le moindre droit de transit. La question devait être tranchée non pas sur la base d'un droit, mais sur la base d'un accord auquel devaient parvenir le Portugal et l'Inde.

Peut-être le Portugal s'est-il rendu compte de la nécessité de maintenir les communications avec ses enclaves. Mais la nécessité éprouvée par le Portugal ne constitue pas la conviction de la nécessité qui est exigée pour qu'une coutume locale puisse produire effet. Il faut que l'autre partie ait aussi clairement conscience d'une obligation de respecter cette nécessité. Et c'est en vain que l'on en cherche le signe dans tout le dossier, de 1818 à 1954, quand les deux enclaves ont été perdues pour le Portugal. De temps à autre les Gouvernements britannique et indien ont fait des concessions, mais c'était sur une base de réciprocité ou de bon voisinage, et jamais en reconnaissant une pratique antérieure comme ayant force de loi. Il ressort clairement du dossier que les fonctionnaires indiens étaient guidés non par le sentiment d'une obligation à l'égard des Portugais, mais par les intérêts britanniques. Ils étaient disposés à aider les Portugais, mais seulement si c'était opportun. Ce faisant ils accueillaient une requête, ils ne respectaient pas un droit.

Au mieux, et dans l'hypothèse la plus favorable, le Portugal n'a fait que démontrer l'existence d'une série d'actes révocables, faits par les autorités britanniques par courtoisie et pour rendre service.

Le Portugal lui-même a précisé que le passage avait pour fondement la règle de bon voisinage et de coopération internationale —

principles which lack a legal content (see the Portuguese Note to Government of India of 11/2/54—Annex 40 to the Portuguese Memorial).

In my opinion, therefore, Portugal has failed to establish any local custom even with regard to a limited right of passage. In the result, she is not entitled to any relief and her Application should be dismissed.

(Signed) M. C. CHAGLA.

principes de morale dépourvus de contenu juridique (voir la note portugaise au Gouvernement de l'Inde du 11 février 1954, annexe 40 au mémoire portugais).

A mon avis, le Portugal n'a donc pas démontré l'existence d'une coutume locale même en ce qui concerne un droit de passage limité. En conséquence, il n'a droit à aucun recours et sa requête doit être rejetée.

(Signé) M. C. CHAGLA.

OPINION DISSIDENTE DE M. FERNANDES

La Cour donne satisfaction en partie à la demande du Portugal. Elle reconnaît que quand l'Inde a décidé de s'opposer aux communications entre les territoires portugais de Damão, de Dadra et de Nagar-Aveli, le Portugal avait un droit de passage sur territoire indien pour assurer ces communications dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. Mais la Cour entend que ce droit comprend seulement le transit des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général et non celui des forces armées, de la police armée et des armes et munitions. Je ne peux pas être d'accord avec cette différenciation qui me paraît artificielle et non fondée, en fait comme en droit. Et par conséquent, je suis aussi en désaccord avec la conclusion, à laquelle arrive l'arrêt, que l'Inde n'a pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit du Portugal.

I

1. Je ferai quelques observations préliminaires.

À la base de la présente affaire est le fait essentiel que le Portugal est souverain des deux enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli, situées à l'intérieur du territoire de l'Inde. L'arrêt repose sur ce fait essentiel et il constate: *a)* que l'autorité exclusive du Portugal sur ces enclaves ne fut jamais mise en cause; *b)* que la souveraineté portugaise sur elles fut reconnue par les souverains qui se sont succédés sur le territoire circonvoisin, c'est-à-dire les Britanniques, entre 1818 et 1947, et l'Inde depuis son indépendance.

Il paraît évident que la souveraineté portugaise sur les enclaves n'aurait pu subsister pendant tout ce temps-là et ne pourrait plus subsister aujourd'hui que sous la condition de l'existence d'un droit de transit au profit du Portugal et de l'obligation correspondante à la charge de l'Inde; droit et obligation dont le but est d'assurer les communications indispensables avec les enclaves, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté dont elles relèvent.

Telle est donc la situation de fait et de droit qui domine tout le procès: la souveraineté portugaise indiscutée sur les enclaves et l'impossibilité de l'exercer sans un droit de transit.

La Cour arrive à la conclusion que le Portugal est bien le titulaire d'un droit de transit pour communiquer avec les enclaves, mais avec une restriction: que ce droit comprend le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise

DISSENTING OPINION OF JUDGE FERNANDES

[Translation]

The Court in part gives satisfaction to the claim of Portugal. It recognizes that when India decided to oppose the communications between the Portuguese territories of Daman, Dadra and Nagar-Aveli, Portugal had a right of passage over Indian territory to ensure these communications to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. But the Court takes the view that this right relates only to the transit of private persons, civil officials and goods in general and not to that of armed forces, armed police and arms and ammunition. I cannot agree with that differentiation, which appears to me to be artificial and unfounded, in fact and in law. I am consequently in disagreement also with the conclusion reached in the Judgment, that India has not acted contrary to its obligations resulting from Portugal's right.

1. I have first a few observations to make.

Underlying the present case is the essential fact that Portugal is sovereign of the two enclaves of Dadra and Nagar-Aveli situated inside Indian territory. The Judgment rests upon that essential fact and it finds (*a*) that the exclusive authority of Portugal over these enclaves was never questioned and (*b*) that Portuguese sovereignty over them was recognized by the successive rulers of the surrounding territory, that is to say, the British from 1818 until 1947 and India after it gained its independence.

It is evident that Portuguese sovereignty over the enclaves could not have existed all that time and could not continue to exist today if there were no right of transit in favour of Portugal and no corresponding obligation incumbent on India; the purpose of that right and obligation is to ensure the essential communications with the enclaves to the extent necessary for exercise of the sovereignty upon which they depend.

Such then is the situation of fact and of law which governs the whole case: unquestioned Portuguese sovereignty over the enclaves and the impossibility of exercising it without a right of transit.

The Court arrives at the conclusion that Portugal is indeed the possessor of a right of transit for communication with the enclaves, but with one restriction: that right includes the passage of private persons, civil officials and goods in general to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over these territories,

sur ces territoires, mais il ne comprend pas le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions.

La souveraineté sur un territoire quelconque implique le pouvoir d'y exercer la puissance publique. Elle implique le droit et l'obligation d'y assurer, *manu militari*, s'il le faut, le maintien de l'ordre intérieur. Elle implique enfin l'exercice de la fonction de police. Comment, dans les circonstances concrètes des enclaves portugaises, ce pouvoir, ce droit, cette obligation, cette fonction seraient-ils exercés si un droit d'accès aux enclaves n'est pas reconnu pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions?

2. Le Portugal revendique un droit de passage *global* pour ce qui est nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves. Plus d'une fois, au cours de la procédure, ses conseils ont mis en relief cet aspect de la revendication portugaise. « Ce droit — disaient-ils, par exemple, à l'audience du 25 septembre 1959 —, ce droit doit être envisagé d'une façon globale, par rapport à son but, à savoir : assurer les liaisons avec les enclaves dans la mesure nécessaire à l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur celles-ci » (Procédure orale (fond), vol. I, p. 110).

Il est vrai que les Parties ont traité séparément dans le procès du transit des personnes et des biens, aussi bien que de celui des forces armées, de la police et des armes. Mais cela n'était qu'une méthode d'exposition, pour l'examen cas par cas, de la pratique qui aurait été à l'origine de la formation d'une coutume locale et n'avait autre intérêt que celui de démontrer que la réglementation de l'exercice du droit était variable selon les diverses catégories qui en forment le contenu.

Dans ses conclusions finales, le Portugal présente sa revendication à un droit de passage *in toto* et l'Inde la conteste de la même façon.

Par ces motifs je ne suis pas d'accord avec la méthode qui a été suivie, consistant à analyser séparément la demande portugaise selon les diverses catégories traitées dans l'arrêt : les personnes privées, les fonctionnaires civils, les marchandises en général, les forces armées, la police armée et les armes et munitions.

Ces catégories se rapportent aux modalités de l'exercice du droit de transit ; elles peuvent intéresser sa réglementation ; modalités et réglementation que le Portugal admet qu'elles relèvent de la compétence exclusive de l'Inde.

Pour ce qui est, particulièrement, des forces armées, de la police armée et des armes et munitions, le Portugal a bien précisé qu'il ne revendiquait autre droit que celui de faire passer vers les enclaves les éléments de la force publique indispensables au maintien de l'ordre intérieur, c'est-à-dire à l'exercice de la fonction de police. « Le droit de passage revendiqué par le Portugal — a-t-on dit à l'audience du 1^{er} octobre 1959 — est limité sans aucun doute possible aux éléments de la force publique chargés de maintenir

but does not include the passage of armed forces, armed police and arms and ammunition.

Sovereignty over any territory implies the capacity to exercise public authority in that territory. It implies the right and the obligation to maintain order there, if necessary *manu militari*. Lastly it implies the discharge of police duties. In the particular case of the Portuguese enclaves, how would that authority, that right and obligation and those duties be exercised if a right of access to the enclaves were not recognized for armed forces, armed police and arms and ammunition?

2. Portugal is claiming a *total* right of passage in respect of what is necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves. Portuguese Counsel more than once emphasized this aspect of the Portuguese claim. They said, for example, at the hearing on 25 September 1959: "that right must be viewed in the round, in relation to its purpose, which was to ensure liaison with the enclaves to the extent necessary for the effective exercise of Portuguese sovereignty" (Oral Proceedings (Merits), Vol. I, p. 110).

It is true that the Parties dealt separately in the case with the transit of persons and goods and also with that of armed forces, police and arms. But that was only a method of exposition in order to examine case by case the practice which is said to have led to the creation of a local custom and its only purpose was to show that the regulation of the exercise of the right varied according to the different categories to which the right applied.

In its final Submissions Portugal presents its claim to a right of passage *as a whole* and India disputes it in the same fashion.

For these reasons I am not in agreement with the method that has been followed of making a separate analysis of the Portuguese claim according to the various categories dealt with in the Judgment: private persons, civil officials, goods in general, armed forces, armed police and arms and ammunition.

These categories relate to the ways in which the right of transit can be exercised, and may affect its regulation; Portugal admits that these ways of exercise and this regulation are matters within the exclusive jurisdiction of India.

With particular regard to armed forces, armed police and arms and ammunition Portugal has made it plain that the only right it claimed was to send into the enclaves the elements of the public forces necessary for the maintenance of order, that is, for the discharge of police duties. "There is no doubt whatsoever", it was said at the hearing of 1 October 1959, "that the right of passage claimed by Portugal is limited to certain elements of the public forces responsible for maintaining order." That duty may sometimes

l'ordre. » Cette fonction peut être, parfois, confiée à des forces qui ne tombent pas sous l'appellation ordinaire de police, y inclus à des éléments de l'armée, mais cela ne change pas le fait essentiel qu'elles exercent une fonction de police. Pour le droit international, ce qui compte est la fonction et non l'organisation administrative de la force publique, qui est une matière de la compétence exclusive de l'État. Cette considération est importante pour bien comprendre la nature et le contenu du droit revendiqué par le Portugal.

Naturellement, la force publique se compose du personnel et du matériel. C'est une force armée. On ne saurait concevoir un droit de passage pour des forces armées ... sans armes.

3. La troisième et dernière observation préliminaire que je voudrais faire est qu'il me paraît que le Portugal ne s'est pas adressé à la Cour pour obtenir la reconnaissance d'un droit qu'il aurait eu dans le passé. Dans ses conclusions finales du 6 octobre 1959, il prie la Cour de dire et juger « que le droit de passage ... *existe* au profit du Portugal et *doit être respecté* par l'Inde ». Existe et doit être respecté, c'est dire, dans le temps présent, le jour où les conclusions ont été déposées.

Ce n'est pas seulement pour obtenir une satisfaction morale que le Portugal a introduit l'instance. Il l'a fait pour se voir reconnaître un droit actuel, dont il se croit toujours titulaire, même s'il admet que dans certaines circonstances son exercice pourrait être considéré comme suspendu.

4. Les faits qui ont été démontrés par le moyen d'une très abondante documentation jointe au procès, en ce qui concerne le transit d'éléments de la force publique entre Damao et les enclaves, sont indiqués aux paragraphes suivants.

5. Une première constatation générale résulte, sans le moindre doute, de l'examen des preuves: le transit des éléments de la force publique entre les trois parcelles qui forment le district portugais de Damao s'est effectué, pour ainsi dire, quotidiennement, sans aucune obstruction, depuis l'acquisition des enclaves par le Portugal en 1783 et 1785 jusqu'en juillet 1954. C'est seulement à cette dernière date que, pour la première fois dans l'histoire, ce transit fut empêché par le Gouvernement de l'Inde. Avant cela il n'a pas été révélé un seul cas d'un refus de passage à ces organes de la force publique portugaise, soit pour des éléments isolés, soit pour des détachements plus ou moins nombreux. Voilà ce qui est très significatif.

6. Le transit de la force publique fut exercé comme de droit dans la période mahratte (1785-1818).

Une des questions les plus longuement débattues par les Parties dans le procès a porté sur la nature juridique de la concession faite par les Mahrattes aux Portugais par un traité de 1779.

Le Portugal soutient que ce traité lui a conféré la souveraineté sur les territoires qui forment les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli.

be entrusted to forces not part of what is usually called police, including military elements, but that does not alter the essential fact that they are performing a police duty. From the point of view of international law, what matters is the function and not the administrative organization of the public force, which is a matter within the exclusive competence of the State. This consideration is important to a proper understanding of the nature and content of the right claimed by Portugal.

The public force consists of course of personnel and of material. It is an armed force. A right of passage for armed forces—with no arms—is inconceivable.

3. My third and last preliminary observation is that Portugal, as I see it, did not apply to the Court for recognition of a right it claimed to possess in the past. In its final Submissions of 6 October 1959 it asks the Court to adjudge and declare "that the right of passage ... is a right possessed by Portugal and which *must be respected* by India". "Is a right" and "must be respected", that is to say at the present time, on the day on which the Submissions were filed.

Portugal did not institute proceedings merely in order to obtain moral satisfaction. It did so in order to secure recognition of an existing right, a right which it believes that it still possesses even though it admits that in certain circumstances its exercise might be held to be suspended.

4. The facts regarding the passage of elements of the public forces between Daman and the enclaves, facts which were illustrated by an abundance of documents filed with the Court, are indicated in the following paragraphs.

5. Examination of the evidence permits of one general statement which is certain beyond doubt: these elements of the public forces passed between the three pieces of territory forming the Portuguese district of Daman practically daily, with no obstruction at all, from the time when the enclaves were acquired by Portugal in 1783 and 1785 until July 1954. It was not until this last date that, for the first time in history, this transit was prevented by the Government of India. Until then these organs of the Portuguese public force had in no single case been refused passage, whether they were individuals or whether they were in more or less large parties. That is highly significant.

6. In the Maratha period (1785-1818) passage of the public forces was effected as a right.

A question discussed at great length by the Parties during the proceedings dealt with the legal character of the concession granted by the Marathas to the Portuguese under a treaty of 1779.

Portugal argues that this treaty conferred upon it sovereignty over the territories making up the enclaves of Dadra and Nagar-

L'Inde conteste cette thèse et affirme que la concession faite par le traité était celle d'une tenure féodale appelée *saranjam* ou *jagir* accordant simplement au Portugal le droit de percevoir certains revenus fiscaux dans les enclaves.

La Cour donne raison à l'Inde.

Je ne suis pas d'accord, mais je ne vais pas allonger le présent exposé avec la discussion de ce problème, puisque cela ne me semble pas nécessaire pour établir l'existence, aujourd'hui comme dans le passé, du droit de transit revendiqué par le Portugal pour sa force publique.

Il me suffit de vérifier que la Cour a constaté que le Portugal est, depuis une longue date, le souverain incontesté des enclaves. C'est ce qui intéresse pour arriver à déterminer si le Portugal a le droit qu'il revendique. Le mode de l'acquisition de la souveraineté portugaise n'a qu'une valeur secondaire pour cette démonstration. Elle existe, c'est tout ce qu'il faut retenir.

7. Le fait que je m'abstiens de m'arrêter sur la question de la nature juridique de la concession opérée par le traité de 1779 en faveur des Portugais ne m'empêche toutefois pas de répéter l'affirmation que j'ai faite ci-dessus : que le transit des forces armées fut exercé comme un droit dans la période mahratte, depuis le jour même où les Portugais ont pris possession des enclaves.

Même si l'on admet que les Portugais ont obtenu des Mahrattes un simple *saranjam*, toute la documentation et les autorités invoquées dans le procès par le Gouvernement de l'Inde démontrent qu'une telle tenure était assortie de très larges pouvoirs. Ce n'est pas sans raison qu'on lui a attribué un caractère féodal. Elle ne conférait pas seulement au *saranjamdar* (le bénéficiaire du *saranjam*) le droit de percevoir les revenus fiscaux, mais aussi le droit et le devoir d'administrer le territoire dans la plus large mesure. La souveraineté du *Peshwa* restait presque purement nominale. Du reste, comme il a été démontré, la souveraineté dans ces temps et dans ces lieux avait un très faible contenu. Son attribut essentiel était celui de recouvrer des impôts.

8. Par un accord de 1785, destiné à régler certaines questions découlant de la remise des villages aux Portugais, furent reconnus à ceux-ci pleins pouvoirs sur ces villages. Pouvoirs souverains dirai-je; pouvoirs de *saranjamdar* diront ceux qui ne partagent pas mon opinion sur la portée du traité de 1779. Peu importe. Ce qui intéresse — et cela personne ne peut le nier, en face des termes exprès de l'accord de 1785 et des *sanads* ultérieurs —, c'est que les Portugais ont reçu la pleine administration et juridiction sur les territoires cédés avec les pouvoirs de percevoir les impôts, d'appliquer la justice, de poursuivre les criminels, de maintenir l'ordre, d'étouffer les révoltes, etc.

Il s'ensuit nécessairement qu'en accordant ces pouvoirs aux Portugais, les Mahrattes leur ont implicitement reconnu le droit

Aveli. India contests this argument and maintains that the concession granted by the treaty was a feudal tenure known as a *saranjam* or *jagir* granting to Portugal only the right to collect certain fiscal revenues in the enclaves.

The Court accepts the Indian thesis.

I do not agree, but I do not propose to prolong this opinion by a discussion of this question, since it seems to me unnecessary in order to establish the existence, today as in the past, of the right of passage claimed by Portugal for its public forces.

It is sufficient for my purpose to record the Court's finding that Portugal has been for a long time the undisputed sovereign of the enclaves. That is what is important in order to determine whether Portugal possesses the right it claims. How Portuguese sovereignty was acquired is of minor importance in this demonstration. It exists and that is all that matters.

7. Nevertheless, the fact that I refrain from discussing the legal character of the concession accorded to the Portuguese by the Treaty of 1779 does not prevent me from repeating the statement already made, namely that the passage of armed forces was exercised as a right throughout the Maratha period from the very day on which the Portuguese took possession of the enclaves.

Even granted that the Portuguese obtained from the Maratha a simple *saranjam*, all the documents and authorities cited in the case by the Government of India show that that tenure carried with it very wide powers. There is good reason for ascribing to it a feudal character. It conferred on the *saranjamdar* (the holder of the *saranjam*) not only the right to collect taxes, but also the right and the duty to administer the territory in the widest sense. The Peshwa's sovereignty was hardly more than nominal. Moreover, it has been shown that in those days and in those territories sovereignty amounted to very little. Its essential attribute was the collection of taxes.

8. An agreement of 1785, intended to settle certain questions arising out of the transfer of the villages to the Portuguese, acknowledged in their favour full powers over these villages. Sovereign powers, as I call them; *saranjamdar* powers, according to those who do not share my opinion on the scope of the 1779 Treaty. The point is of small importance. What matters—this no one can deny in view of the express terms of the 1785 Agreement and the later *sanads*—is that the Portuguese were given full administration and jurisdiction over the territories transferred with authority to collect taxes, administer justice, pursue criminals, maintain order, suppress rebellions, etc.

It follows as a necessity that, by granting these powers to the Portuguese, the Marathas implicitly recognized in their favour the

de passage indispensable pour les exercer. Et ce droit ne saurait se limiter au passage des personnes privées, des fonctionnaires et des marchandises. Il fallait bien, pour maintenir l'ordre, étouffer les révoltes, etc., que le droit de passage comprenait la force publique avec tout ce qui lui était nécessaire pour accomplir sa fonction. Cela est logique et ne requiert plus de démonstration. Le dossier fournit la preuve que le droit de passage pour la force publique fut normalement exercé au temps des Mahrattes, même pour défendre les enclaves d'incursions militaires des Mahrattes eux-mêmes (mémoire, annexes 9 à 13; réplique, annexes 42 et 43).

9. Alors se pose la question: ce droit de transit (dans l'hypothèse qu'il s'agirait simplement de *saranjam*) qu'est-il devenu après que les Portugais accédèrent à la souveraineté pleine sur les enclaves? Aurait-il disparu du fait de cet accès? Ceci serait une conclusion absurde. Le renforcement du titre sous lequel les Portugais exerçaient leur autorité exclusive sur les enclaves (comme le reconnaît l'arrêt); le passage d'un titre mineur et imparfait — le *saranjam* — à un titre majeur et parfait — la souveraineté — ne saurait en aucune façon anéantir le droit qui existait déjà sous le titre mineur. Tout au contraire, cette évolution ou transformation du titre aurait porté ses reflets dans le même sens de renforcement, sur le droit de passage. Celui-ci serait devenu plus dense dans son contenu et plus impératif dans sa force en se transformant d'un droit destiné à l'exercice des pouvoirs de *saranjamdar* en un droit destiné à l'exercice de la souveraineté. C'est tout ce qu'il faut dire sur les faits et leur implication en droit dans la période mahratte.

10. Pour ce qui est des périodes britannique et post-britannique, en dehors du fait que j'ai signalé ci-dessus que le passage de la force publique fut toujours exercé sans un seul exemple d'obstruction, il faut rappeler les faits suivants:

a) Avant la mise en vigueur du traité anglo-portugais de 1878, le transit d'éléments de la force armée et de la police ne dépendait d'aucune autorisation. Cela est admis par le Gouvernement de l'Inde au paragraphe 333 de la duplique, où il est dit:

« ... Le fait est ... qu'avant 1879 l'entrée des troupes ou de la police armée d'un gouvernement sur le territoire de l'autre était régie par un accord réciproque. Il devenait donc inutile, étant donné l'existence de cet accord, de faire une demande officielle de passage et d'accorder une autorisation à l'occasion de chaque entrée. »

J'ai seulement à observer que si un tel accord existait, c'était bien un accord tacite (dont naît la coutume) puisqu'aucune trace n'existe d'un accord exprès.

b) L'article XVIII du traité anglo-portugais de 1878 stipulait que les forces armées de l'une des Parties n'entreraient dans les domaines de l'autre en Inde sans une demande formelle à cet effet. La police pouvait entrer sans cette demande seulement quand elle poursuivait des criminels ou des contrebandiers.

right of passage indispensable for the exercise of those powers. Nor could that right be limited to the passage of private persons, officials and goods. To maintain order, suppress revolt, etc., the right of passage had necessarily to include the public forces with all that they needed in order to carry out their duty. That is only logical and needs no further proof. The records supply evidence that the right of passage for the public forces was normally exercised in the Maratha period even to defend the enclaves from military attacks by the Marathas themselves (Memorial, Annexes 9-13; Reply, Annexes 42 and 43).

9. The question then arises, what became of this right of transit (assuming that it was only a *saranjam*) after the Portuguese secured full sovereignty over the enclaves? Did it thereby disappear? It would be absurd to suppose so. The reinforcement of the title under which the Portuguese exercised their exclusive authority over the enclaves (admitted in the Judgment), the conversion of an accessory and incomplete title—a *saranjam*—into a complete and principal title—sovereignty—could not possibly expunge the right which already existed under the lesser title. On the contrary, this evolution or alteration of title would have been reflected by a similar reinforcement of the right of passage. This would have acquired a greater content and greater mandatory force in its transformation from a right for the purpose of exercising the powers of a *saranjamdar* into a right for the purpose of exercising sovereignty. That is all that needs to be said about the facts and their legal implication during the Maratha period.

10. As regards the British and post-British periods, apart from the fact I mentioned above—that the passage of the public forces was always effected without a single case of obstruction—the following facts must be recalled:

(a) Before the coming into force of the Anglo-Portuguese Treaty of 1878, the passage of armed forces and police required no authorization. This is admitted by the Government of India in paragraph 333 of the Rejoinder, which says:

“... The fact ... is that before 1879 the entry of troops or armed police of either Government into the territory of the other was governed by a reciprocal arrangement. The existence of such an arrangement made it unnecessary for a formal request to be made and permission to be granted on each occasion of entry.”

I need only point out that any existing agreement of this kind must have been a tacit one (giving rise to custom), since there is no trace of any express agreement.

(b) Article XVIII of the Anglo-Portuguese Treaty of 1878 stipulated that the armed forces of one of the Parties would not enter into the territories of the other in India without a formal request to do so. Police might enter without that request only in pursuit of criminals or smugglers.

Ces dispositions n'étaient pas, à mon avis, applicables au transit particulier entre Damao et les enclaves. Le dossier contient un nombre considérable de documents (annexes à la réplique nos 50 à 76) montrant que ce transit continua à s'exercer tout au moins jusqu'en 1890, sans besoin d'autorisation.

Ce fut seulement en décembre 1890 (douze ans après la date du traité) que les autorités britanniques estimèrent qu'une autorisation était nécessaire pour le transit d'éléments de la force armée et de la police portugaise entre Damao et les enclaves. Elles agirent de la sorte en représaille contre le fait que les Portugais avaient désarmé un détachement britannique qui avait pénétré dans le territoire portugais de Goa sans autorisation aux termes du traité.

Dans la correspondance échangée sur cet incident, le gouverneur général de l'Inde portugaise déclarait que « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable ». Mais le fait que trois lignes plus bas le même gouverneur général ajoute que « cette pratique a été observée depuis des siècles », alors que le voisinage des enclaves avec le territoire britannique n'avait duré que 72 ans, oblige à penser que le gouverneur général ne se référait point au transit entre Damao et les enclaves, mais au cas général de l'entrée des Portugais en territoire britannique à partir de leurs possessions plus anciennes dans l'Hindoustan.

En tout cas, il est significatif que la police britannique, se référant à la lettre du gouverneur portugais, affirmait en 1891 qu'elle « n'avait pas d'instructions ... pour empêcher la police armée du Gouvernement portugais de passer sans autorisation à travers le territoire britannique dans l'exercice de ses fonctions ». Et elle ajoutait : « Le *superintendent* de la police du district est d'opinion que les arrangements à présent en vigueur devraient continuer. » De sa part, le commissaire du district du Nord manifestait son accord avec la police en ce que « ces arrangements étaient convenables et devraient être continués » (annexes à la duplique, p. 223). Ceci démontre qu'il y avait des arrangements particuliers pour le transit de la police armée entre Damao et les enclaves et que ces arrangements permettaient le passage sans autorisation, contrairement à la règle de l'article XVIII du traité de 1878.

c) Dans la période postérieure à la dénonciation de ce traité, en 1892, la pratique a considérablement varié. Par un accord de 1913, il fut établi que la police de chacune des Parties pouvait traverser le territoire de l'autre moyennant avis préalable (pas d'autorisation). De la correspondance qui a mené à cet accord et qui est reproduite pages 305 à 309 du volume II du contre-mémoire, on déduit que l'accord confirmait la pratique antérieure dans le sens qu'une notification préalable était suffisante.

Un accord de 1920 exigeait une autorisation préalable pour le transit de la police armée au-dessous d'un certain rang. (Annexe indienne C. n° 56.) C'est la première fois que cette exigence apparaît

These provisions did not in my opinion apply to the particular passage between Daman and the enclaves. The records contain a large number of documents (Reply, Annexes 50-76) showing that this passage continued to take place, at any rate until 1890, with no need for an authorization.

It was only in December 1890 (twelve years after the date of the treaty) that the British authorities considered that permission was necessary for the transit of armed troops and of Portuguese police between Daman and the enclaves. They adopted this attitude by way of reprisal against the Portuguese action in disarming a British detachment which had entered the Portuguese territory of Goa without permission in accordance with the treaty.

In the correspondence which passed with regard to this incident, the Governor-General of Portuguese India stated that "Portuguese troops never cross British territory without previous permission". But the fact that the same Governor-General adds three lines lower down that: "For centuries has this practice been followed", whereas the enclaves had been contiguous to British territory for only 72 years, obliges us to suppose that the Governor-General was not referring to transit between Daman and the enclaves, but to the general case of entry by the Portuguese into British territory from their earlier possessions in the Indian Peninsula.

In any event, it is significant that the British police, with reference to the Portuguese Governor's letter, declared in 1891 that they had "no orders to prevent armed men of the Portuguese Government ... from passing through British territory on duty" without obtaining permission. And they added: "The Superintendent of Police is of opinion that the present arrangements should be allowed to continue." The Northern District Commissioner expressed his agreement with the police that "the present arrangement is convenient and might be allowed to continue" (Rejoinder, Annexes, p. 223). This shows that there were special arrangements for the passage of armed police between Daman and the enclaves and that these arrangements allowed passage without permission in derogation from the rule in Article XVIII of the Treaty of 1878.

(c) In the period which followed the denunciation of the Treaty in 1892, the practice varied considerably. An agreement of 1913 established that the police of each Party might cross the other's territory on previous notification (no authorization). From the correspondence which led to that agreement, and which is reproduced on pages 305-309 of the Annexes to the Counter-Memorial, it is to be inferred that the agreement confirmed the earlier practice in the sense that previous notification was all that was required.

An agreement of 1920 made passage by armed police below a certain rank subject to prior permission (Indian Annex C. No. 56). This is the first time that this requirement was stated in an agree-

formulée dans un accord entre les Parties après la dénonciation du traité de 1878.

Un autre accord de 1940 dispensait l'autorisation pour les effectifs de police jusqu'à dix hommes et l'exigeait pour des effectifs supérieurs. C'est le seul accord qui fut célébré spécifiquement pour le transit entre Damao et les enclaves. (Annexe indienne C. n° 57.)

11. Si l'on considère donc, dans son ensemble, la pratique suivie pendant 170 ans, on constate que le passage des troupes et de la police armée sans autorisation préalable était la règle et que l'exigence d'une autorisation était l'exception. Cela ne modifie pourtant pas le fait qu'une autorisation était à certaines époques nécessaire. Mais ce fait ne peut pas, à mon avis, autoriser la conclusion que le droit de transit n'existait pas. Je me propose de justifier ce que j'affirme. Pour le moment, je me borne à observer que l'autorisation, quand elle était nécessaire, fut toujours accordée, sans aucune exception, et que les Britanniques n'eurent jamais l'intention de la refuser. Dans une lettre que le gouverneur de l'Inde britannique adressa au gouverneur de l'Inde portugaise, le 9 avril 1891, concernant l'exigence d'une autorisation, il disait que « il n'était pas suggéré que l'autorisation, lorsqu'elle serait demandée pour les hommes armés portugais, ne serait pas accordée conformément à la pratique suivie dans le passé ». (Duplique, vol. II, p. 223.)

12. L'examen des faits révèle aussi que la concession de l'autorisation toutes les fois qu'elle était demandée, reposait sur l'idée que cette concession était obligatoire en vertu d'un droit du Portugal. La variation de la pratique que nous venons d'examiner peut seulement prouver que l'exigence, à certaines époques, d'une autorisation était une prescription purement réglementaire.

Le Portugal revendique un droit qui est soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde. La voilà cette réglementation: très libérale pendant une très longue période, plus stricte plus tard; se contentant à certaines époques d'un simple laissez-passer émis par les autorités mêmes dont relevaient les forces en transit (annexe indienne C. n° 39); exigeant à d'autres époques une notification du passage, quelquefois préalable, quelquefois *a posteriori*; imposant, enfin, à d'autres époques, une demande d'autorisation formelle. On ne saurait soutenir que l'existence du droit aurait, elle aussi, souffert de pareilles vicissitudes.

13. On a beaucoup parlé dans le procès de la distinction essentielle entre le droit et sa réglementation. C'est une idée tellement élémentaire qu'il ne faut pas y insister ici. Comme il ne faut pas, non plus, insister sur la distinction également élémentaire entre avoir un droit et être en condition de l'exercer. Mais ce qui semble nécessaire en face de la doctrine de l'arrêt, c'est de rappeler que s'il y a des autorisations qui sont vraiment constitutives de droits, il y en a beaucoup plus qui ne le sont pas. On ne saurait affirmer

ment between the Parties since the denunciation of the Treaty of 1878.

Another agreement of 1940 waived permission for police forces up to ten men and required it for larger numbers. This is the only agreement specifically concluded for transit between Daman and the enclaves. (Indian Annex C. No. 57.)

11. Accordingly, if the practice followed for 170 years is viewed as a whole, it is found that the passage of troops and armed police without previous permission was the rule and that the need for permission was the exception. That, however, does not alter the fact that permission was needed at certain times. But that does not in my opinion authorize the conclusion that the right of transit did not exist. I desire to justify my statement. For the moment I will only observe that, whenever authorization was needed, it was invariably granted, without exception, and that the British never had any intention of refusing it. A letter sent by the Governor-General of British India to the Governor of Portuguese India on 9 April 1891 concerning the need for an authorization, said that it was not "suggested that permission, when applied for in respect to Portuguese armed men, would not be accorded in consonance with past practice". (Rejoinder, Vol. II, p. 223.)

12. An examination of the facts also reveals that the granting of permission whenever it was requested was based on the idea that the grant of permission was obligatory by virtue of a right of Portugal. The variation in the practice which has just been examined can prove only that the necessity, at certain periods, for an authorization was a purely regulatory requirement.

Portugal is claiming a right which is subject to regulation and control by India. We find that regulation very liberal over a very long period and later on more strict; being sometimes content with a simple pass issued by the Government of the forces in transit (Indian Annex C. No. 39); at other times requiring notification of passage, in some cases made beforehand, in others afterwards; and at yet other times demanding a formal request for permission. It cannot be argued that the very existence of the right was subject to these vicissitudes.

13. Much was said during the proceedings about the essential distinction between the right and its regulation. That is elementary and needs no stressing here. Nor is it necessary to emphasize the equally elementary distinction between the possession of a right and the ability to exercise it. What does need recalling, having regard to the doctrine underlying the Judgment, is the fact that, if there are authorizations which genuinely constitute rights, there are more which do not. It cannot be asserted that the necessity of an authori-

que la nécessité d'une autorisation est la négation même d'un droit qui lui serait antérieur. Une telle affirmation trouverait dans la science juridique un formel démenti.

14. La notion générale d'autorisation se rattache aux distinctions que je viens de mentionner entre le droit et sa réglementation et entre le droit et son exercice. C'est une notion commune à toutes les branches du droit, mais elle trouve son champ d'application le plus large dans le droit public et, tout particulièrement, dans le droit administratif.

15. « L'autorisation est l'acte administratif par lequel l'autorité écarte, cas par cas, les limitations posées par la norme juridique à l'exercice, par un sujet déterminé, d'un droit ou d'un pouvoir qui *préexiste* dans le sujet lui-même, pour exercer une certaine activité ou pratiquer un acte juridique, moyennant appréciation de tel exercice ou de telle pratique par rapport à l'intérêt public dont la tutelle est à la charge de l'autorité » (Ortolani, dans *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, p. 251).

L'autorisation ne crée donc pas le droit. Son exigence ne saurait être assimilée à l'inexistence même du droit. Tout au contraire, elle suppose normalement l'existence d'un droit antérieur.

« Le droit existe avant l'émanation de l'acte permissif », dit De Francesco (*L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, p. 83). Et il ajoute : « L'acte administratif consent simplement à l'exercice de ce qui préexiste » (*ibid.*, p. 88). Et il conclut : « L'acte de l'autorité fonctionne comme condition de l'exercice du droit » (*ibid.*, p. 83).

Voilà, défini dans un mot, ce qu'est l'autorisation : c'est un acte-condition. Ce n'est pas un acte normatif ni un contrat. Elle ne crée pas de droits, elle en conditionne seulement l'exercice.

16. Considérée sous un autre aspect, l'autorisation est un acte de contrôle; de ce contrôle que le Portugal ne refuse pas à l'Inde sur l'exercice de son droit de passage.

« Le contrôle exercé par l'autorisation — dit Donati — ne vise qu'à reconnaître et à déclarer qu'une certaine conduite d'un sujet de droit correspond à certaines déterminantes, normes, principes et fins de l'intérêt à la satisfaction duquel tend l'acte voulu par le sujet. » (Cité par Ortolani, *op. cit.*, p. 253.)

17. La pratique du droit confirme les opinions de la doctrine. On pourrait présenter un très grand nombre d'exemples où une autorisation est nécessaire pour l'exercice d'un droit préexistant, c'est-à-dire où elle fonctionne comme simple acte-condition, ou comme moyen de contrôle de l'observance des règlements et de l'opportunité.

Quelques exemples suffiront.

zation is a negation of a right of more ancient date. Such an affirmation would be flatly contradicted by all jurisprudence.

14. The general notion of authorization is linked with the distinction that I have just mentioned between the right and its regulation and between the right and its exercise. The notion is common to all branches of law, but finds its widest field of application in public law, especially administrative law.

15. "The authorization is the administrative act by which the authority removes in each case the limitations imposed by rules of law upon the exercise, by a given subject, of a right or power *already belonging to* the subject himself to exercise a certain activity or perform a legal act, such exercise or performance being assessed in the light of the public interest which it is the duty of the authority to safeguard." (Ortolani in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. II, p. 251.)

Accordingly, the authorization does not create the right. The necessity for it cannot be made equivalent to non-existence of the right. On the contrary, it normally presumes the existence of an earlier right.

"The right exists before issue of the permissive act", De Francesco says (*L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, p. 83). And he adds: "The administrative act simply consents to the exercise of what already exists" (*ibid.*, p. 88). From this he infers: "The act of the authority functions as a condition of the exercise of the right" (*ibid.*, p. 83).

There we have a definition of authorization in one word: it is a conditioning act. It is not an act establishing a norm, nor is it a contract. It does not create rights, it only conditions their exercise.

16. Looked at in another aspect, authorization is an act of control, of that control over the exercise of its right of passage which Portugal admits that India possesses.

"The control exercised by means of the authorization—says Donati—is designed only to recognize and declare that a certain behaviour on the part of a subject of law is in accordance with certain determining factors, rules, principles and objectives of the interest towards the satisfaction of which the act sought by the subject tends." (Quoted by Ortolani, *op. cit.*, p. 253.)

17. Practice confirms doctrinal opinion. A very large number of examples could be given where authorization is necessary for the exercise of a pre-existing right, where it functions as a mere conditioning act or as a means of controlling observance of the regulations and expediency.

A few examples will suffice.

Le droit de propriété sur un terrain implique nécessairement celui d'y construire un édifice. Quelles sont les législations qui n'exigent pas une autorisation pour cette construction, au moins dans les zones urbanisées? Encore plus, quelles sont celles qui ne l'exigent pas aussi pour habiter pour la première fois un édifice qui vient d'être bâti? Comme dit D'Alessio: « celui qui obtient une licence de construction n'obtient l'octroi d'aucun droit qu'il ne possédait auparavant » (Ortolani, *op. cit.*, p. 225).

Le propriétaire est seul seigneur dans son domaine. Mais s'il faut à son voisin y entrer pour cueillir les fruits d'un arbre confinant, celui-là ne peut pas lui refuser son autorisation nécessaire. De même, si le voisin a besoin d'élever des échafauds dans la propriété confinante pour faire une construction ou des réparations dans sa propre propriété. Il s'agit bien là de droits que le voisin possède avant d'obtenir une autorisation. La loi les lui reconnaît; mais la loi aussi fait dépendre l'exercice de ses droits du consentement d'autrui. Ce consentement peut être soumis à des conditions raisonnables, mais il ne peut être simplement refusé. S'il l'est, le juge décidera (Code civil portugais, art. 2314 et 2318).

18. Mais il ne faut pas sortir du domaine du droit international et même de celui du droit conventionnel concernant le transit international pour trouver des exemples qui confirment ce que nous affirmons, que l'exigence d'autorisation ne saurait être assimilée au manque de droit.

19. L'étude du professeur Édouard Bauer jointe au procès par le Portugal afin de prouver qu'un seul cas n'est connu dans l'histoire, depuis le traité de Westphalie, où un droit de passage n'ait pas été reconnu en faveur d'une enclave (y compris le transit des forces armées), cette étude, dis-je, montre que trois régimes ont été adoptés dans les traités pour la réglementation de l'exercice dudit droit.

Parfois une autorisation préalable était nécessaire, parfois une simple notification du passage était suffisante, parfois encore une réglementation très stricte et détaillée était convenue qui rendait inutile la demande d'autorisation. Des exemples du premier cas sont le traité de Munster du 24 octobre 1648 et la paix des Pyrénées conclue le 7 septembre 1659. Dans les deux cas un droit de passage est reconnu en faveur des troupes de Louis XIV pour se rendre aux enclaves françaises de la Lorraine et de l'Alsace, moyennant une demande adressée aux souverains des territoires intermédiaires. « ... *pateatque illac regio militi, quoties postulatum fuerit tutus ac liber transitus* ». Voilà la formule qui était adoptée par le traité de Munster. Elle montre que, même dans le cas d'un droit de transit accordé par un traité, la demande d'une autorisation préalable peut être établie comme condition de l'exercice du droit.

20. L'autorisation, je le répète encore une fois, est un moyen de contrôle. D'où qu'elle peut être dispensée lorsque les parties convien-

The ownership of land necessarily implies the right to build upon it. What legal systems do not require a permit for such building, at least in urban areas? It would be harder still to find any which do not also require a permit to occupy for the first time a building just erected. As D'Alessio says, "The person who obtains a building permit is not granted any right he did not previously possess" (Ortolani, *op. cit.*, p. 225).

The owner is sole lord of his domain. But if his neighbour needs to enter that domain to gather fruit from a tree situated on its border, the owner cannot refuse him the necessary authorization. So, too, if the neighbour needs to erect scaffolding in the boundary area between the two properties in order to put up some building or undertake repairs on his own estate. These are rights which the neighbour possesses before obtaining an authorization. The law recognizes his rights, but it also makes their exercise dependent upon consent by another. That consent can be made subject to reasonable conditions, but it cannot be refused out of hand. If it is, the courts will decide (Portuguese Civil Code, Articles 2314 and 2318).

18. There is however no need to go beyond international law or even beyond treaty law in connection with international transit in order to find instances which confirm what is here asserted, namely that the necessity for an authorization cannot be assimilated to absence of a right.

19. The study by Professor Édouard Bauer submitted to the Court by Portugal in order to show that there has not been a single case in history, since the Treaty of Westphalia, where a right of passage was not recognized in favour of an enclave (including the passage of armed forces), that study, I say, shows that treaties have adopted three systems for regulating the exercise of that right.

Sometimes a prior authorization was necessary, sometimes a mere notification of passage was enough, sometimes again very strict and detailed regulations were agreed upon, which made the request for permission unnecessary. Examples of the first case are the Treaty of Munster of 24 October 1648 and the Peace of the Pyrenees concluded on 7 September 1659. In both these cases a right of passage was recognized for the passage of Louis XIV's troops to the French enclaves of Lorraine and Alsace, subject to a request for permission being addressed to the rulers of the intervening territories. "... *pateatque illac regio militi quoties postulatum fuerit tutus ac liber transitus*". Such was the formula in the Treaty of Munster. It shows that, even where the right of transit is granted by treaty, the request for previous authorization may be laid down as a condition of the exercise of the right.

20. Authorization, I repeat once more, is a method of control. It follows that it can be dispensed with when the Parties agree to

nent d'établir un autre moyen de contrôle qui soit également efficace. C'est le cas de la convention germano-polonaise concernant la liberté de transit, signée à Paris le 21 avril 1921. Le transit militaire entre la Prusse orientale et le reste de l'Allemagne, à travers la Pologne, y est réglementé avec une telle rigueur et un tel détail que toute autorisation devenait inutile. Il y aurait un train militaire une fois par semaine pour le personnel et un autre, différent, pour l'armement. Tout était strictement réglé dans les nombreuses dispositions de la convention concernant cette modalité du transit. Et nonobstant il était prescrit : « Les autorités allemandes seront tenues d'annoncer aux autorités polonaises le départ de ce train au moins 24 heures avant sa mise en marche. »

21. Examinons maintenant deux exemples d'une date plus récente.

La convention de Chicago du 7 décembre 1944, à laquelle ont adhéré presque toutes les nations, établit dans son article 5 :

« Chaque État contractant convient que tous les aéronefs des autres États contractants qui ne sont pas employés à des services aériens internationaux réguliers ont le droit de pénétrer sur son territoire, ou de le traverser en transit ... sans avoir à obtenir une autorisation préalable ... sous réserve du droit pour l'État survolé d'exiger un atterrissage. Néanmoins, chaque État contractant se réserve, pour des raisons de sécurité de vol, le droit d'exiger que les aéronefs qui désireront survoler des régions inaccessibles ou non pourvues de facilités adéquates pour la navigation aérienne suivent les routes prescrites ou *obtiennent une autorisation spéciale*. »

On voit donc que le droit de transit aérien est reconnu mais sous une réglementation et un contrôle. Cette réglementation et ce contrôle comportent dans tous les cas le droit pour l'État survolé d'exiger un atterrissage et, dans des cas spéciaux, une demande d'autorisation préalable. Cette exigence d'autorisation ne signifie pas que les aéronefs étrangers n'ont pas le droit de survoler les « régions dépourvues de facilités adéquates pour la navigation aérienne », elle signifie seulement que l'autorisation peut être requise pour l'exercice de ce droit.

22. Un autre exemple nous est donné par la Charte elle-même. Dans son article 43 il est prescrit : « Tous les Membres des Nations Unies ... s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de Sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, *y compris le droit de passage*, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales. » Les forces au service des Nations Unies ont donc un droit de passage sur les territoires des États Membres. Est-ce que ce droit peut s'exercer sans autorisation de l'État du transit ? Point du tout. Il faut un *accord spécial* auquel cet État soit partie. Mais celui-ci ne saurait licitement refuser à participer à cet accord sans une raison que le Conseil de Sécurité considère comme valable.

establish another equally effective means of control. A case in point is the German-Polish Convention on Freedom of Transit signed in Paris on 21 April 1921. This Convention regulated military transit across Poland between East Prussia and the rest of Germany so strictly and in such detail that any authorization became unnecessary. Provision was made for one military train once a week to carry personnel and for another train to carry arms and ammunition. The whole matter was strictly regulated in the numerous clauses of the Convention governing this form of transit. Nevertheless it was provided that "the German authorities shall notify the Polish authorities of the departure of this train at least twenty-four hours before it starts".

21. Let us now consider two more recent instances.

The Chicago Convention of 7 December 1944, to which nearly all nations have acceded, lays down in its Article 5:

"Each contracting State agrees that all aircraft of the other contracting States, being aircraft not engaged in scheduled international air services, shall have the right ... to make flights into or in transit non-stop across its territory ... without the necessity of obtaining prior permission ... subject to the right of the State flown over to require landing. Each contracting State nevertheless reserves the right, for reasons of safety of flight, to require aircraft desiring to proceed over regions which are inaccessible or without adequate air navigation facilities to follow prescribed routes or to *obtain special permission for such flights.*"

It can therefore be seen that the right of air transit is recognized, but subject to regulation and control. This regulation and this control in every case include the right of the State flown over to require landing and, in special cases, an application for prior permission. This requirement of permission does not mean that foreign aircraft have not the right to fly over "regions without adequate air navigation facilities", it means only that authorization may be required for the exercise of that right.

22. Another instance is furnished by the Charter itself. Article 43 provides that: "All Members of the United Nations ... undertake to make available to the Security Council, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance and facilities, *including rights of passage*, necessary for the purpose of maintaining international peace and security." The forces in the service of the United Nations have therefore a right of passage over the territory of Member States. Can that right be exercised without the permission of the State passed through? Certainly not. A *special agreement* is needed to which that State is a party. But the latter cannot lawfully refuse to subscribe to that agreement unless for a reason which the Security Council deems valid.

23. Je crois avoir ainsi prouvé ma thèse que l'exigence d'une autorisation pour faire passer des forces de police ou autres à travers un territoire étranger n'est point du tout incompatible avec l'existence d'un droit de passage antérieur à cette autorisation. Et cela signifie de toute évidence que la faculté, pour l'État du transit, d'exiger une autorisation avant que son territoire soit traversé n'implique pas nécessairement le pouvoir discrétionnaire de l'accorder ou de la refuser.

Avant pour but de constater que les conditions réglementaires dont dépend l'exercice d'un droit sont satisfaites et que, dans chaque cas d'espèce, il n'est pas porté atteinte à un intérêt légitime de celui à qui elle est demandée, l'autorisation implique un pouvoir d'appréciation mais non pas un pouvoir discrétionnaire. Si ces conditions sont remplies et si ces intérêts légitimes ne sont pas sacrifiés, l'autorisation doit être concédée. La compétence de celui qui autorise doit s'exercer en vue des fins pour lesquelles cette compétence lui est accordée. « Il y a une foule de cas — dit Hauriou — où, pour l'exercice d'un de leurs droits, les administrés sont obligés, par la loi, de demander à l'administration des autorisations... ; l'administration est obligée par là même d'accomplir l'acte qu'on lui demande... » (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{me} édition, p. 357.)

Dans le cas d'espèce l'exigence, à certaines époques, d'une autorisation pour le passage des éléments de la police et de la force armée était dictée exactement par les mêmes « considérations de sécurité » dont parle l'arrêt à propos de certaines restrictions qui furent imposées au transit des marchandises. On ne voit pas pourquoi les restrictions basées sur de telles considérations sont compatibles avec un droit de transit pour les marchandises et non pour d'autres modalités du transit.

24. Si l'on considère la nature même du droit de transit pour des forces armées et les reflets qu'il peut avoir sur la défense et l'ordre public du territoire traversé, on n'aura aucune difficulté à comprendre qu'une autorisation ou autre forme équivalente de contrôle soit nécessaire à son exercice, même lorsqu'il est établi par un traité. On peut même dire que l'autorisation est inhérente à cette sorte de droit, à moins qu'elle ne soit écartée par un accord entre les parties.

En effet, le véritable objet du droit de transit est d'être *autorisé à passer*, quelle que soit la forme de l'autorisation, expresse ou tacite.

Le droit de transit n'est pas un droit réel que son sujet possède directement, *per se*, sur le territoire à traverser. C'est un droit personnel auquel correspond, de la part du sujet passif de la relation juridique, une obligation personnelle qui peut être envisagée soit sous son aspect positif de *facere* (accorder une autorisation), soit sous son aspect négatif de *non facere* (ne pas s'opposer au transit).

23. I think I have now proved my point that the need for an authorization in order that police or other forces may pass through foreign territory is in no way incompatible with the existence of a right of passage of older date than this authorization. This clearly means that the right of the State passed through to require an authorization before its territory is traversed does not necessarily imply a discretionary power to grant the passage or refuse it.

Its purpose being to establish that the conditions regulating exercise of a right are satisfied and that in each case no injury is done to the lawful interests of the party whose authorization is requested, the authorization implies a power of appraisal, but not a discretionary power. If those conditions are met and if those lawful interests are not sacrificed, the authorization must be granted. The jurisdiction of the authorizing party must be exercised with a view to the purposes for which it was conferred. "There is a multitude of cases—says Hauriou—in which, for the exercise of one or another of their rights, the governed are obliged by law to ask the government for authorization...; the government is thereby obliged to perform the act asked of it..." (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{me} édition, p. 357.)

In the present case, the requirement at certain times of authorization for the passage of elements of the police and armed forces was dictated by precisely those "considerations of security" referred to in the Judgment in connection with certain restrictions imposed on the transit of goods. It is difficult to see why restrictions based on such considerations should be compatible with a right of transit in respect of goods and not in respect of other categories of transit.

24. When we consider the very nature of the right of transit for armed forces and its possible repercussions on defence and public order in the territory passed through, we shall have no difficulty in understanding that an authorization or equivalent form of control is necessary for its exercise, even when the right is established by a treaty. It may even be said that the authorization is inherent in this kind of right unless it is excluded by agreement between the Parties.

In fact, the true subject-matter of the right of transit is the *authorization to pass*, in whatever form, express or tacit, that authorization may be.

The right of transit is not a real right, possessed by the subject directly *per se*, in the territory to be passed through. It is a personal right, and the passive subject in the legal relationship has a corresponding personal obligation, which may be regarded either in its positive aspect of *facere* (granting an authorization) or in its negative aspect of *non facere* (not opposing passage).

Ainsi se concilie parfaitement la suprématie territoriale de l'État du transit avec l'obligation d'y consentir.

25. On a aussi soutenu que le transit des éléments de la force armée et de la police portugaise vers les enclaves n'était pas pratiqué à titre de droit, puisqu'il s'exerçait sur une base de réciprocité, c'est-à-dire en échange de la faculté reconnue aux éléments de la force armée et de la police britanniques de traverser le territoire portugais lorsqu'ils en avaient besoin pour se déplacer entre deux points de leur propre territoire séparés par territoire portugais.

Je ne saurais accepter l'idée qu'il n'y a pas de droit où il y a réciprocité. La plupart des droits reconnus entre les nations reposent sur une base de réciprocité, sans qu'ils perdent, de ce fait, leur véritable caractère de droits. La réciprocité non seulement n'est pas incompatible avec eux, mais elle est la condition même de leur efficacité. Le droit que le Portugal revendique pour soi est exactement le même que celui qu'il reconnaît à l'Inde pour communiquer avec son enclave de Mechwal située à l'intérieur du territoire portugais.

II

26. Le Portugal invoque comme titres de son droit le traité de 1779, la coutume locale, la coutume générale et les principes généraux du droit.

27. Du traité de 1779 j'ai dit assez aux paragraphes 6 à 9 ci-dessus.

Je considère qu'en vertu de ce traité et des accords qui le complétaient, le Portugal reçut la pleine souveraineté sur les enclaves et, avec elle, le droit implicite et nécessaire d'y accéder.

Mais si je me place dans la position qu'a adoptée la majorité de la Cour, c'est-à-dire qu'il n'y eut pas de cession de souveraineté mais simplement concession d'un *saranjam*, je n'en arrive pas moins à la conclusion qu'un droit de transit fut implicitement conféré aux Portugais pour l'exercice des pouvoirs d'administration, de police, etc., qui leur furent octroyés. Et je ne peux pas comprendre que la transformation du *saranjam* en souveraineté, dans la période britannique, eût fait disparaître le droit d'accès aux enclaves.

28. Pour ce qui est de la coutume locale, j'ai peut-être déjà dit trop.

Je ne vois pas pourquoi cette coutume serait la source d'un droit de transit pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, et elle ne le serait pas d'un droit de passage pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions. Si la raison en est que ce passage dépendait parfois d'une autorisation, je crois avoir montré que cette raison n'est pas appuyée ni par la théorie ni par la pratique du droit. Il y a même un motif plus fort

In this way the territorial sovereignty of the State passed through is entirely consistent with the obligation to allow passage.

25. It has also been contended that the transit of elements of Portuguese armed forces and police towards the enclaves was not exercised as of right, on the ground that it was exercised on a basis of reciprocity, i.e. in consideration for the recognized right of elements of British armed forces and police to cross Portuguese territory when they had to move between two points in their own territory separated by Portuguese territory.

I am unable to accept the view that there can be no right when there is reciprocity. Most of the rights recognized between nations rest on a basis of reciprocity; they do not thereby lose their real character of rights. Not only is reciprocity not incompatible with such rights; it is the very condition for their effectiveness. The right which Portugal is claiming for itself is exactly the same as the right Portugal recognizes India to possess for the purposes of communicating with its enclave of Meghwal situated inside Portuguese territory.

II

26. Portugal invokes as the titles of its right the Treaty of 1779, local custom, general custom and the general principles of law.

27. I have said enough about the 1779 Treaty in paragraphs 6 to 9 above.

I consider that in virtue of this Treaty and of its supplementary agreements Portugal received full sovereignty over the enclaves and, with it, the implicit and necessary right of access to them.

Even if I take up the position adopted by the majority of the Court, namely, that there was no transfer of sovereignty but only the granting of a *saranjam*, I still come to the conclusion that a right of transit was by implication conferred upon the Portuguese for the exercise of the powers of administration, police, etc., which were granted to them. And I cannot see that the conversion of the *saranjam* into sovereignty, in the British period, caused the right of access to the enclaves to disappear.

28. With regard to local custom I have perhaps already said too much.

I do not see why that custom should be the source of a right of transit for private persons, civil officials and goods in general, and not be so for armed forces, armed police and arms and ammunition. If the reason for this is that the latter passage depended at times upon an authorization, I believe that I have shown that this reason has no support in either the theory or the practice of the law. There is an even stronger reason why the right of passage should be

pour que le droit de passage soit reconnu pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions que pour les personnes privées et les marchandises en général. Le droit pour ces deux dernières catégories est reconnu en vertu de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Cette souveraineté est la cause et aussi le but du droit. Sans elle, celui-ci n'existerait pas. Eh bien! le droit pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions est beaucoup plus lié, puisque beaucoup plus nécessaire, à l'existence de la souveraineté que celui pour les personnes privées et les marchandises. Et c'est pourquoi tandis que celui-ci a fait, parfois, l'objet de certaines prohibitions concernant des marchandises déterminées (le sel, l'alcool et les produits destinés à la distillation), voire d'une interdiction générale pendant la dernière guerre, le transit pour les forces armées ne fut jamais prohibé. N'est ce pas illogique que, pour les catégories les plus attachées à la souveraineté, pour celles qui n'ont jamais souffert une prohibition, le droit soit considéré comme inexistant alors que, pour les autres catégories, son existence ne soulève pas de doute?

29. Un point sur lequel je ne suis pas d'accord avec la majorité de la Cour est que l'examen de la pratique qui s'est établie entre les Parties au cours du temps, c'est-à-dire la coutume locale, soit suffisant pour trancher l'affaire. Il le serait si, sur la base simplement de cet examen, la Cour avait considéré la demande portugaise dans son ensemble comme fondée. Alors il ne faudrait pas, vraiment, perdre de temps à chercher une confirmation de cette conclusion dans les titres généraux invoqués par le demandeur.

Mais ce n'est pas le cas. La décision à laquelle on est arrivé entraîne une amputation essentielle au droit revendiqué par le Portugal. Et si, comme c'est la thèse de celui-ci, aucun des titres n'exclut les autres, puisqu'au contraire ils se confirment et se renforcent réciproquement, il faut poursuivre l'examen sur la base des règles générales invoquées par le demandeur pour que justice lui soit rendue.

Il est vrai que le droit particulier déroge, en règle, au droit général, mais donner comme acquis que, en l'espèce, le droit particulier est différent du droit général, c'est tomber dans une pétition de principe. D'autre part, cette règle n'est pas sans exceptions. Le droit général *cogens* l'emporte sur tout droit particulier. Et les principes généraux dont je ferai mention plus loin constituent de véritables règles de *ius cogens* auxquelles il ne saurait être dérogé par une pratique particulière.

30. Une raison de poids pour que l'examen des titres généraux ne soit pas écarté *a priori*, c'est le rôle très important qu'ils ont joué dans l'argumentation des deux Parties.

Les conseils du Portugal ont insisté sur l'importance prédominante qu'ils y attachaient. A l'audience du 30 septembre 1959, le professeur Bourquin l'a fait remarquer dans les termes que voici:

recognized for armed forces, armed police, arms and ammunition than for private persons and goods in general. The right for these two last categories is recognized in virtue of Portuguese sovereignty over the enclaves. That sovereignty is the cause and also the purpose of the right. Without it the right would not exist. But the right for armed forces, armed police and for arms and ammunition is much more closely linked, because much more necessary, to the existence of sovereignty than is the right for private persons and goods. And this is why, although the last-mentioned categories were sometimes the subject of prohibitions in respect of specific commodities (salt, liquor and products for distillation) and were even altogether banned in the last war, passage of armed forces was never forbidden. Is it not illogical that the right should be considered not to exist for categories most closely associated with sovereignty and which have never been prohibited, while its existence in the case of the other categories occasions no doubt?

29. A point upon which I do not agree with the majority of the Court is that an examination of the practice established between the Parties in the course of history, namely, local custom, is sufficient to settle the case. That would be so if, on the basis of that examination only, the Court had considered the Portuguese claim as a whole to be founded. In that case it would certainly not be necessary to waste time seeking confirmation of that conclusion in the general titles invoked by the Applicant.

But this is not the case. The decision arrived at involves a vital amputation of the right claimed by Portugal. And if, as Portugal argues, none of the titles exclude the others, but, on the contrary, all confirm and reinforce each other, the examination must extend to the general rules invoked by the Applicant if justice is to be done.

It is true that in principle special rules prevail over general rules, but to take it as established that in the present case the particular rule is different from the general rule is to beg the question. Moreover, there are exceptions to this principle. Several rules *cogentes* prevail over any special rules. And the general principles to which I shall refer later constitute true rules of *ius cogens*, over which no special practice can prevail.

30. A weighty reason why examination of the general titles should not be rejected *a priori* is the very important part they played in the arguments of the two Parties.

Counsel for Portugal emphasized the outstanding importance they attached to them when Professor Bourquin said at the hearing of 30 September 1959:

« Me sera-t-il permis de commencer cet exposé en rappelant à la Cour l'importance que le droit international général revêt dans notre argumentation?

Il en constitue la base essentielle.

Comme M. le doyen Telles l'a dit avec raison, les titres particuliers que nous faisons valoir reposent, en dernière analyse, sur des règles générales. Ils n'en sont qu'une application, qu'une manifestation concrète. Et j'ajoute que, même s'ils n'existaient pas, le droit de passage du Portugal n'en serait pas moins incontestable. »

31. Comme titres généraux du droit qu'il revendique, le Portugal invoque la coutume générale et les principes généraux du droit.

32. L'examen de la situation qui s'est vérifiée au cours de l'histoire et qui se vérifie aujourd'hui, dans toutes les enclaves connues, a prouvé qu'une pratique constante et uniforme s'est établie entre les États dans le sens de reconnaître au souverain d'une enclave le droit de transit nécessaire à l'exercice de sa souveraineté. Cela révèle, sans possibilité de contestation, l'existence d'une règle générale coutumière qui serait, à elle seule, suffisante pour fonder la prétention du Portugal.

33. Comme principes généraux de droit le Portugal a invoqué deux ordres de principes:

- a) celui qui se dégage de la confrontation des législations internes des nations civilisées, en ce qui concerne le droit d'accès à un fonds enclavé;
- b) certains principes fondamentaux inhérents à la structure même du droit international.

34. Pour ce qui est du premier des principes invoqués, il a été démontré par une étude de droit comparé par le professeur Max Rheinstein, qui figure au procès, que dans toutes les législations des nations civilisées, le droit d'accès à un fonds enclavé est reconnu au bénéfice de son propriétaire. Il ne s'agit de dresser aucune sorte d'analogie entre la propriété et la souveraineté, non plus de transporter une règle de droit interne dans le domaine du droit international. Il s'agit de vérifier qu'il y a une raison profonde, enracinée dans la conscience juridique de tous les peuples, pour admettre comme nécessaire (logiquement et pratiquement nécessaire) la reconnaissance d'un droit de passage à celui qui a une certaine capacité juridique à exercer dans un espace auquel il ne peut pas accéder sans emprunter l'espace réservé à autrui. S'il n'y a pas là un principe général de droit également valable et pour le droit interne et pour le droit international, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, alors c'est qu'il n'y a pas de principes satisfaisant aux conditions de cet article.

35. Il y a finalement les principes généraux de droit que le Portugal a invoqués comme étant inhérents à l'ordre juridique international. Quelle que soit la position doctrinale qu'on prenne à

"I may be allowed to begin by recalling to the Court the important place in our argument reserved for general international law.

It constitutes the very basis of that argument.

As M. Telles rightly said, the particular titles we invoke rest in the last resort upon general rules. They are an application, a concrete illustration, of those rules. I may add that, even if they did not exist, Portugal's right of passage would be no less indisputable."

31. Portugal invokes general custom and the general principles of law as the general titles of its claim.

32. A study of the situation found to exist throughout history, and which is to be found existing today, in all known enclaves has shown that a uniform and consistent practice has been established between States in favour of recognizing that the sovereign of an enclave has the right of transit necessary for the exercise of its sovereignty. That shows, beyond any possible dispute, that there is a general rule of custom which would alone suffice to establish the Portuguese claim.

33. As general principles of law, Portugal invoked two kinds of principle:

- (a) the principle deriving from a comparison of the municipal laws of civilized nations in the matter of right of access to enclaved property;
- (b) certain fundamental principles inherent in the very fabric of international law.

34. As regards the first of these principles, it was shown by a study of comparative law by Professor Max Rheinstein, filed with the Court, that the laws of all civilized nations recognize the right of access to enclaved property in favour of its owner. No sort of analogy needs to be drawn between ownership and sovereignty, nor is it necessary to transfer a rule of municipal law to the field of international law. What has to be determined is whether there is not a reason deeply rooted in the legal consciousness of all peoples for admitting, as a logical and practical necessity, the recognition of a right of passage to one who has a certain legal capacity to exercise in an area to which he cannot have access without using an area reserved for another. If that is not a general principle of law, valid alike in municipal and international law, within the meaning of Article 38 of the Statute of the Court, then no principles will meet the conditions of that Article.

35. Lastly, there remain the general principles of law invoked by Portugal as inherent in the international legal system. Whatever view may be held in regard to these principles, whether they are

l'égard de ces principes, qu'on les considère comme des émanations du droit naturel, ou comme des règles coutumières, ou comme des principes constitutionnels de la communauté juridique internationale, ou comme des principes déduits directement de l'idée du droit, ou comme des principes consentis par les États du fait même qu'ils sont membres d'une communauté juridique, quelle que soit, dis-je, la position de chacun à l'égard de l'origine et du fondement de ces principes, tout le monde est d'accord pour accepter leur existence et leur application comme source de droit positif.

36. Le tout premier de ces principes essentiels est le respect réciproque des souverainetés. Ce principe n'a pas seulement un contenu négatif dans le sens de la non-intervention des États dans le domaine réservé à la compétence territoriale des autres États. Il a aussi un contenu positif dans le sens que tout État « consent à une certaine restriction de son action dans l'intérêt de la liberté d'action garantie à tous les autres États ». (Oppenheim-Lauterpacht, par. 113.)

37. Dans le cas qui nous occupe, il y a face à face deux souverainetés; celle du Portugal sur les enclaves et celle de l'Inde sur le territoire circonvoisin. La subsistance de la première dépend absolument du maintien des communications entre les enclaves et le reste du territoire de l'État dont elles sont partie intégrante. Et puisqu'une obligation essentielle de la souveraineté est le maintien de l'ordre dans le territoire où elle s'exerce, ces communications doivent, nécessairement, comprendre le passage des éléments de la force publique nécessaires à cet effet. Empêcher ces communications indispensables ne serait pas respecter la souveraineté qui en dépend. Ce serait l'étouffer. Il n'y a pas de grosse différence, a-t-on dit en plaidoirie, entre tuer quelqu'un d'un coup de fusil et le faire mourir par suffocation.

38. S'il était permis à l'État du territoire enclavant de s'opposer aux communications nécessaires à l'exercice de la souveraineté du souverain des enclaves sur celles-ci, cela signifierait qu'il était loisible au premier de supprimer de son libre arbitre cette souveraineté. Ce serait une action techniquement différente de la conquête armée mais donnant exactement les mêmes résultats. Si le droit international interdit la dernière, il ne saurait permettre la première.

La souveraineté d'un État sur une partie quelconque de son territoire ne peut être subordonnée à la volonté d'un autre État. C'est le caractère même de la souveraineté d'être indépendante de toute volonté extérieure. Et la fonction primaire du droit international est de garantir l'indépendance des États, leur intégrité territoriale et le respect mutuel des souverainetés.

39. Certes, l'obligation imposée à un État de consentir au transit sur son territoire des sujets d'un autre État signifie que, sous cet aspect limité, sa compétence cesse d'être discrétionnaire pour

considered to be emanations of natural law or to be rules of custom, or constitutional principles of the international legal community, or principles directly deduced from the concept of law, or principles agreed to by States because they are members of a legal family, whatever, I say, may be the attitude of each towards the origin and basis of these principles, all are agreed in accepting their existence and their application as a source of positive law.

36. The very first of these essential principles is mutual respect for sovereignties. That principle has more than a negative content in the sense that States must not intervene in matters within the territorial jurisdiction of other States. It has also a positive content in the sense that each State "consents to a certain restriction of action in the interests of the liberty of action granted to every other State". (Oppenheim-Lauterpacht, para. 113.)

37. In our own case two sovereignties stand face to face: that of Portugal over the enclaves and that of India over the surrounding territory. The existence of the former depends absolutely upon the maintenance of communications between the enclaves and the rest of the territory of the State of which they are an integral part. And since an essential obligation of sovereignty is to maintain order in the territory in which it operates, those communications must needs include the passage of the elements of the public forces necessary for that purpose. To prevent those essential communications would fail to respect the sovereignty depending upon them. It would crush it out of existence. There is not much difference, it was said at the hearings, between shooting a man dead and causing his death by strangulation.

38. If the State in possession of the surrounding territory were permitted to obstruct the communications necessary for the exercise of a sovereignty over enclaves, it would mean that that State was free to suppress that sovereignty at its own discretion. Such action would be technically different from conquest by arms, but it would have exactly the same results. If international law forbids the latter, it cannot permit the former.

The sovereignty of a State over any part of its territory cannot be made subordinate to the will of another State. The very essence of sovereignty is independence of an exterior will. The prime function of international law is to safeguard the independence of States, their territorial integrity, and mutual respect for sovereignties.

39. No doubt the obligation upon a State to agree to the passage over its territory of the nationals of another State means that, to this limited extent, its jurisdiction is no longer discretionary and is

être liée par cette obligation internationale. Autre n'est pas l'objet du droit international que celui de créer des droits et des obligations réciproques entre les États et de lier, donc, leurs compétences respectives.

L'obligation de l'Inde résulte d'une nécessité juridique imposée par la situation géographique des enclaves. Les données de fait ont des implications en droit. C'est par exemple un fait géographique qui est à l'origine de la règle coutumière qui reconnaît le droit de navigation sur les cours d'eau reliant les ports intérieurs à la mer.

« C'est la terre qui confère à l'État riverain un droit sur les eaux qui baignent ses côtes », a dit la Cour dans l'affaire des *Pêcheries*, reconnaissant ainsi les implications juridiques des faits de la géographie (*Recueil 1951*, p. 133).

40. Dans le cas d'espèce, il y a encore une raison spéciale pour soutenir l'existence du droit revendiqué par le Portugal et l'obligation réciproque de l'Inde. C'est que les enclaves se sont constituées en territoire indien avec le consentement implicite (si l'on rejette la thèse portugaise fondée sur le traité de 1770) des souverains qui se sont succédé dans ce territoire. La Cour a donné comme prouvé que la souveraineté portugaise fut reconnue par les Britanniques en fait et par implication et qu'elle le fut ensuite tacitement par l'Inde.

Ici trouve sa place une thèse du Portugal qui me paraît assez décisive. Elle peut être formulée comme suit : la reconnaissance, par un État, de la souveraineté d'un autre État sur une enclave à l'intérieur du territoire du premier implique nécessairement, comme conséquence logique, la reconnaissance aussi du droit de transit indispensable à l'exercice de cette souveraineté, sous la réserve de réglementation et de contrôle par le souverain du territoire qui entoure l'enclave.

La reconnaissance de la souveraineté d'un État sur un certain territoire est un acte plein de conséquences juridiques. Par lui, cette souveraineté est admise dans l'ordre juridique international, et les États dont il émane s'engagent à respecter toutes les attributions que cet ordre juridique confère à la souveraineté, notamment celle d'organiser la force publique et de maintenir l'ordre dans le territoire en question. En reconnaissant la souveraineté portugaise sur les enclaves, les Britanniques, et ensuite les Indiens, n'auraient pu manquer d'accepter implicitement toutes les conséquences logiques et nécessaires de cette reconnaissance, parmi lesquelles le droit de transit pour les forces chargées de la fonction de police est une des plus nécessaires.

41. Il est une norme de droit que celui qui sanctionne un acte sanctionne aussi les conséquences prévues et nécessaires qui en découlent logiquement.

La doctrine des pouvoirs implicites contenus dans une faculté générale, en raison du but de celle-ci, a été sanctionnée par la Cour

fettered by that international obligation. International law has no other purpose than to create mutual rights and obligations between States and thus to fetter their respective jurisdictions.

The obligation upon India flows from a legal necessity imposed by the geography of the enclaves. Factual data have legal implications. For instance, a geographical fact underlies the rule of custom which recognizes the right of navigation over waterways connecting inland ports with the sea.

"It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters off its coasts", the Court said in the *Fisheries* case, thereby recognizing the legal implications of geographical facts (*Reports 1951*, p. 133).

40. In the particular case before the Court there is another special reason for upholding the existence of the right claimed by Portugal and the reciprocal obligation binding upon India. It is that the enclaves were constituted in Indian territory with the implied consent (if the Portuguese argument based on the Treaty of 1779 be rejected) of the successive sovereigns of that territory. The Court has accepted it as proved that Portuguese sovereignty was recognized by the British in fact and by implication and that it was subsequently tacitly recognized by India.

At this point I come to an argument of Portugal which appears to me to be fairly decisive. It may be formulated as follows: recognition, by a State, of the sovereignty of another State over an enclave situated within the territory of the former necessarily implies, as a logical consequence, recognition at the same time of the right of transit essential for the exercise of that sovereignty, subject to regulation and control by the sovereign of the territory surrounding the enclave.

Recognition of the sovereignty of a State over a certain territory is an act involving a number of legal consequences. By that act that sovereignty is accepted as forming part of the international legal order and the States which have so acted undertake to respect all the attributes which that legal order confers upon sovereignty, in particular that of organizing the public forces and the maintenance of order in the territory in question. By recognizing Portuguese sovereignty over the enclaves, the British, and later the Indians, could not but impliedly have accepted all the logical and necessary consequences of that recognition, amongst which a right of transit for the forces responsible for police duties is one of the most necessary.

41. There is a legal rule that he who sanctions an act sanctions also the foreseen and necessary consequences which logically flow therefrom.

The doctrine of implied powers contained in a general power, by virtue of the purpose of the latter, was approved by the Court

dans l'affaire de la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (Recueil 1949, p. 182). « Selon le droit international, a-t-elle dit, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs, qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont par une conséquence nécessaire (*by necessary implication*) conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci. » Voilà ce que demande le Portugal: la reconnaissance d'un droit qui, s'il n'est pas expressément déclaré par une règle écrite, lui est par une conséquence nécessaire conféré du fait de la reconnaissance de sa souveraineté sur les enclaves, en tant qu'essentiel à l'exercice de cette souveraineté. « La volonté d'observer une règle juridique — dit Anzilotti — implique la volonté d'observer aussi les règles sans lesquelles la première n'aurait pas de sens et qui y sont logiquement comprises » (*Corso di Dir. Int.*, I, p. 64).

42. Le principe de l'interprétation des normes et des actes juridiques d'après leur but est aussi bien établi. Le but de la reconnaissance de la souveraineté d'un État sur un territoire quelconque est de reconnaître à cet État le droit d'exercer les fonctions étatiques sur ce territoire. Nul ne saurait soutenir que, dans le cas d'une enclave, cet exercice serait possible sans le droit d'y accéder, tout particulièrement aux fins d'y assurer le maintien de l'ordre public.

43. Si l'État du territoire enclavant reconnaissait la souveraineté d'un autre État sur une enclave, tout en se réservant mentalement la faculté de couper les communications avec elle quand il lui semblerait bon, il n'agirait pas d'accord avec le principe de la bonne foi, qui est le plus général et le plus essentiel des principes généraux de droit.

44. Voilà donc ce qui découle des principes généraux de droit: le transit nécessaire pour exercer dans une enclave toutes les fonctions étatiques, y inclus l'organisation de la puissance publique et le maintien de l'ordre, est un droit de l'État souverain de l'enclave; à ce droit correspond l'obligation pour l'État du territoire circonvoisin de ne pas faire opposition à ce transit. Cette conclusion s'impose avec une force toute particulière à l'égard de l'État qui a reconnu la souveraineté de l'autre sur une enclave située à l'intérieur de son propre territoire.

45. La pratique particulière qui s'est établie entre le Portugal et les souverains qui se sont succédé dans le territoire entourant les enclaves ne saurait pas exclure l'application dans l'espèce des principes généraux de droit, et, moins encore, être interprétée en sens contraire à ces principes.

« Les principes généraux du droit sont à la base de la coutume et du droit conventionnel. Ceux-ci ne sont, d'ordinaire, que la cristallisation de ces principes. Les règles concrètes ne sauraient être

in the case concerning *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (I.C.J. Reports 1949, p. 182)*. "Under international law", the Court said, "the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it *by necessary implication* as being essential to the performance of its duties." That is what Portugal asks: recognition of a right which, if not expressly laid down in a written rule, is conferred upon it by necessary implication by the fact of recognition of its sovereignty over the enclaves, as being essential to the exercise of that sovereignty. "The intent to observe a legal rule", says Anzilotti, "implies the intent also to observe the rules without which the original rule would have no meaning and which are logically included in it." (*Corso di Dir. Int.*, I, p. 64.)

42. The principle of the interpretation of legal rules and acts in accordance with their purpose is also well settled. The purpose of recognition of the sovereignty of a State over a given territory is that the right of that State to exercise governmental functions over that territory should be recognized. It could not be contended that, in the case of an enclave, that exercise would be possible without a right of access thereto, especially for the purpose of ensuring the maintenance of public order there.

43. If the State occupying the surrounding territory recognized the sovereignty of another State over an enclave while at the same time mentally reserving the right to sever the communications with it when it chose, it would not be acting in accordance with the principle of good faith, which is the most general and the most essential of the general principles of law.

44. This then is what follows from the general principles of law: the transit necessary in order to exercise all governmental functions in an enclave, including the organization of public forces and the maintenance of order, is a right of the State which is sovereign of the enclave; to this right there corresponds the obligation of the State occupying the surrounding territory not to oppose that transit. This conclusion is particularly inescapable in the case of a State which has recognized the sovereignty of the other over an enclave situated within its own territory.

45. The particular practice which was established between Portugal and the successive sovereigns of the territory surrounding the enclaves cannot exclude the application in the present case of the general principles of law, still less can it be interpreted in a way which conflicts with those principles.

"The general principles of law are at the basis of custom and of conventional law. The latter are usually no more than the crystallization of those principles. The concrete rules cannot be construed

interprétées dans un sens opposé aux principes dont elles font l'application. » (Verdross, *Derecho Internacional Público*, pp. 205-206.)

« La priorité assignée par l'article 38 du Statut de la Cour à la convention et à la coutume par rapport aux principes généraux de droit n'exclut aucunement une application *simultanée* de ces principes et des deux premières sources de droit. Il arrive fréquemment qu'une décision rendue sur la base d'une convention spéciale ou générale ou d'une coutume exige un recours aux principes généraux de droit... Le juge y recourra soit pour combler les lacunes des règles conventionnelles, soit pour les *interpréter*. » (De Visscher, dans *Rev. de Dr. int. et de Lég. comparée*, 1933, p. 413.) « La pratique internationale démontre que le juge et l'arbitre ne peuvent pas dégager le véritable sens des dispositions d'un traité sans replacer celles-ci dans le cadre de certains principes généraux qui les dominent. » (*Ibid.*, p. 405.)

Les autorités que je viens de citer me fortifient dans l'opinion qu'il fallait bien avoir recours aux principes généraux, tout au moins pour bien interpréter la pratique établie entre les Parties.

46. Tout ce que je viens de dire sur les règles générales du droit international et, en particulier, sur les principes généraux de droit tend à démontrer l'existence du droit revendiqué par le Portugal *in toto*, tel qu'il l'a formulé et dont le contenu ne comporte d'autre définition que celle que le demandeur lui-même lui a donnée: un droit de transit pour ce qui est nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Mais j'ai principalement à l'esprit le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions. Je considère que rien dans les règles et les principes invoqués n'autorise la conclusion que le droit serait un pour le transit civil et un autre pour le transit militaire. S'il y avait lieu à une distinction, ce serait en faveur du dernier comme étant le plus étroitement lié à l'exercice de la souveraineté.

Je conclus donc que le droit revendiqué par le Portugal est bien établi, aussi bien sur la base du droit particulier que sur celle du droit général.

III

47. Il devient évident que si j'arrive à la conclusion que le Portugal a un droit de passage sur le territoire indien dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, ce qui ne peut pas manquer de comprendre - je le répète encore une fois - le passage des éléments armés nécessaires pour assurer le respect de la loi et de l'ordre dans ces territoires; si j'arrive à cette conclusion, il me faut aussi conclure que l'Inde a violé le droit du Portugal du fait qu'elle a, sans raison juridiquement valable, empêché le Portugal d'exercer ce droit.

to conflict with the principles of which they constitute the application." (Verdross, *Derecho Internacional Público*, pp. 205-206.)

"The priority given by Article 38 of the Statute of the Court to conventions and to custom in relation to the general principles of law in no way excludes a *simultaneous* application of those principles and of the first two sources of law. It frequently happens that a decision given on the basis of a particular or general convention or of a custom requires recourse to the general principles of law... A court will have recourse to those principles to fill gaps in the conventional rules, or to *interpret* them." (De Visscher, in *Rev. de Dr. int. et de Lég. comparée*, 1933, p. 413.) "International practice shows that a court or an arbitrator cannot ascertain the true meaning of the provisions of a treaty without considering these within the framework of certain general principles which dominate them." (*Ibid.*, p. 405.)

The authorities whom I have just cited strengthen me in my opinion that it was really necessary to have recourse to the general principles, at least for the purpose of properly interpreting the practice established between the Parties.

46. All I have said with regard to the general rules of international law, and, in particular, with regard to the general principles of law tends to show the existence of the right claimed by Portugal *in toto*, as it was formulated by Portugal and the content of which has no other definition than that which the Applicant itself has given to it: a right of transit for that which is necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves. But I have mainly in mind the passage of armed forces, armed police and arms and ammunition. I consider that there is nothing in the rules and principles invoked to warrant the conclusion that there should be one right for civil transit and another for military transit. If there were any reason for a distinction it would be in favour of the latter as being more closely bound up with the exercise of sovereignty.

I therefore come to the conclusion that the right claimed by Portugal is well established, both on the basis of the relevant special rules and on that of the relevant general rules.

III

47. It becomes clear that if I reach the conclusion that Portugal has a right of passage over Indian territory to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, which cannot fail to include—I repeat it once more—the passage of the armed forces necessary to ensure the maintenance of law and order in those territories; if I arrive at that conclusion, I must also conclude that India has violated Portugal's right by its action in preventing, without any legally valid reason, the exercise of that right by Portugal.

Ce fait est abondamment prouvé dans le procès, comme le sont les raisons purement politiques de l'attitude de l'Inde.

Après l'échec des demandes qu'elle avait faites par voie diplomatique entre 1950 et 1953, pour obtenir le transfert direct dans sa souveraineté des territoires portugais de la péninsule indienne, le Gouvernement de l'Inde a cherché à obtenir les mêmes résultats par des moyens moins directs mais plus illicites.

48. Pour ne considérer que les faits concernant la rupture des communications avec les enclaves, retenons seulement les suivants:

a) Depuis octobre 1953 fut prohibé le transit de la police et du personnel militaire (communiqué de presse indien du 22 juillet 1954, mémoire, annexe 44).

b) Le transit d'armes et munitions de toutes catégories fut prohibé le 17 juillet 1954, c'est-à-dire quatre jours avant l'attaque à Dadra (mémoire, annexe 47).

c) Le 13 juin 1954, le transit des véhicules entre Damão et les enclaves fut prohibé avec la conséquente répercussion sur le transit des marchandises (réplique, annexe 168).

d) Le 20 juillet 1954, l'autobus qui faisait le service régulier entre Damão et Nagar-Aveli fut obligé de rebrousser chemin en arrivant à proximité de Dadra (réplique, annexe 165).

e) Le 21 juillet 1954, toutes communications, même pour les personnes privées, étaient interdites (réplique, annexe 166).

f) L'attaque à Dadra par des éléments partis du territoire indien (comme le reconnaît l'Inde aux paragraphes 227 et 228 de son contre-mémoire) fut exécutée la nuit du 21-22 juillet.

g) A partir de cette date, l'Inde cessa d'accorder des visas pour le transit des Portugais européens et pour les sujets portugais aborigènes au service du Gouvernement portugais, même pour se rendre à Nagar-Aveli, où la situation était encore calme. Ceci est confirmé par l'Inde au paragraphe 211 de son contre-mémoire.

h) Dans une note du 24 juillet, le Gouvernement portugais demanda à celui de l'Inde une autorisation pour envoyer des forces destinées à rétablir l'ordre à Dadra. Cette demande fut rejetée par une note du 28 juillet, sur la base de raisons exclusivement politiques: « Le Gouvernement de l'Inde a clairement indiqué -- dit cette note -- qu'il ne pouvait pas accepter le maintien de la domination étrangère sur une partie quelconque de l'Inde » (mémoire, annexe 52, par. 12).

i) Le 26 juillet, le Gouvernement portugais demanda des facilités pour envoyer à Nagar-Aveli trois délégués désarmés du gouverneur de Damão. Cette demande fut rejetée par la même note indienne

The fact has been abundantly proved in the proceedings, as have the purely political reasons for the attitude of India.

After the failure of the requests which it made through diplomatic channels, between 1950 and 1953, to obtain the direct transfer to its sovereignty of the Portuguese territories in the Indian Peninsula, the Government of India sought to obtain the same results by less direct but more unlawful methods.

48. To consider only the facts relating to the severing of communications with the enclaves, attention may be directed merely to the following:

(a) From October 1953, the transit of police and military personnel was prohibited (Indian press communiqué of 22 July 1954, Memorial, Annex 44).

(b) The transit of arms and ammunition of all categories was prohibited on 17 July 1954, that is, four days before the attack on Dadra (Memorial, Annex 47).

(c) On 13 June 1954, the transit of vehicles between Daman and the enclaves was prohibited with the consequential repercussions on the transit of goods (Reply, Annex 168).

(d) On 20 July 1954, a bus on the regular service between Daman and Nagar-Aveli was forced to turn back on nearing Dadra (Reply, Annex 165).

(e) On 21 July 1954, all communications, even for private persons, were prohibited (Reply, Annex 166).

(f) The attack on Dadra by elements coming from Indian territory (as is admitted by India in paragraphs 227 and 228 of its Counter-Memorial) was carried out in the night of 21, 22 July.

(g) As from that date, India ceased to grant visas for the transit of Portuguese Europeans or native subjects in the service of the Portuguese Government, even for the purpose of going to Nagar-Aveli, where the situation was still calm. This is confirmed by India in paragraph 211 of its Counter-Memorial.

(h) In a Note of 24 July, the Portuguese Government asked the Indian Government for authorization for the despatch of forces to re-establish order in Dadra. This request was rejected in a Note of 28 July, on purely political grounds: "The Government of India have made it clear", it is said in the Note, "that they cannot accept the continuance of foreign rule over any part of India" (Memorial, Annex 52, para. 12).

(i) On 26 July, the Portuguese Government asked for facilities to send to Nagar-Aveli three unarmed delegates of the Governor of Daman. This request was rejected in the same Indian Note of

du 28 juillet, sur la base qu'un état d'excitation s'était créé dans la population indienne voisine des enclaves, et que la tension serait accrue du fait du passage des fonctionnaires portugais.

j) Tout cela se passait, il faut bien le souligner, avant que rien d'anormal n'ait eu lieu à Nagar-Aveli. Cette constatation est essentielle pour montrer que tout argument de l'Inde en justification de son attitude qui puisse être basé sur une situation anormale en territoire portugais n'est point valable pour le transit entre Damao et Nagar-Aveli.

k) Des troupes de police à effectifs renforcés furent placées par les autorités indiennes autour des enclaves avant que celles-ci eussent été attaquées. Ce fait est confirmé par le Gouvernement de l'Inde dans son communiqué de presse du 22 juillet. Il essaie de le justifier en face de l'accroissement des troupes sur le territoire portugais. Mais il se contredit, lorsque dans le même communiqué il indique qu'à la place de Damao, une ville de 20 000 habitants, il y avait une force militaire de plus de 100 hommes (*sic*) (mémoire, annexe 44).

l) A la fin juillet 1954, Nagar-Aveli fut attaquée aussi par des éléments venus du territoire indien, comme l'Inde le reconnaît aux paragraphes 227 et 228 du contre-mémoire déjà cités.

m) Des propositions portugaises pour envoyer dans les enclaves des observateurs de Puissances tierces furent rejetées.

Tels sont les faits. Ils font apparaître la violation manifeste du droit de transit du Portugal.

49. Même si l'on se place sur le champ restreint du droit reconnu par la Cour pour le transit des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises, les faits indiqués aux alinéas c), d), e), g), i) et l) prouvent que même le droit concernant ces catégories fut violé.

50. On a pu songer, pour justifier tel ou tel de ces faits, notamment le refus de passage opposé aux délégués du gouverneur de Damao pour se rendre à Nagar-Aveli, à invoquer l'état de tension existant en territoire indien au moment où ces faits se sont produits. L'Inde ne saurait trouver là une justification acceptable, cet état de tension étant le résultat de sa propre faute, en particulier de la négligence (pour dire le moins) de ses autorités en face de la préparation sur son propre territoire des actes d'agression dirigés contre le territoire portugais.

En disant cela, je n'entends pas me séparer de ce qu'a admis la Cour lorsqu'elle énonce qu'elle n'a pas à se prononcer sur les faits en question parce que le Portugal ne lui a formulé aucune demande concernant la responsabilité de l'Inde en vertu de son manque de diligence dans la prévention des actes agressifs préparés sur son territoire contre le Portugal.

28 July on the grounds that a state of tension had been created among the Indian population bordering on the enclaves and that that tension would be increased by the passage of Portuguese officials.

(j) All this happened, it must be stressed, before anything abnormal had occurred at Nagar-Aveli. It is essential to point this out in order to show that any argument by India to justify its attitude, based on the existence of an abnormal situation on Portuguese territory, is not valid in respect of transit between Daman and Nagar-Aveli.

(k) Reinforced police were placed by the Indian authorities around the enclaves before the latter were attacked. This fact is confirmed by the Indian Government in its press communiqué of 22 July. It seeks to justify it by the increased number of troops on Portuguese territory. But it contradicts itself, since in the same communiqué it indicates that in Daman, a town of 20,000 inhabitants, there was a military force of over 100 men (*sic*) (Memorial, Annex 44).

(l) At the end of July 1954 Nagar-Aveli too was attacked by elements coming from Indian territory, as India has acknowledged in paragraphs 227 and 228 of the Counter-Memorial, already referred to.

(m) Portuguese proposals for the sending to the enclaves of observers of third Powers were rejected.

Those are the facts. They reveal a manifest violation of Portugal's right of transit.

49. Even from the limited point of view of the right recognized by the Court in respect of the transit of private persons, civil officials and goods, the facts indicated in paragraphs (c), (d), (e), (g), (i) and (l) prove that even the right relating to those categories was violated.

50. By way of justification of certain of these facts, in particular the denial of passage to the delegates of the Governor of Daman seeking to go to Nagar-Aveli, some reliance may have been sought to be placed upon the state of tension existing in Indian territory at the time when the facts occurred. This cannot provide an acceptable justification for India, since that state of tension was the result of its own fault and, in particular, of the negligence of its authorities in the face of the preparation on its own territory of acts of aggression directed against Portuguese territory.

In saying this it is not my intention to differ from the view expressed by the Court that it is not called upon to deal with the facts in question since Portugal has not formulated any claim with regard to the responsibility of India by reason of its lack of diligence in preventing aggressive acts against Portugal prepared upon its territory.

Mais lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité de l'excuse présentée par l'Inde pour s'opposer à l'exercice du droit de transit du Portugal, lorsqu'il s'agit de déterminer si cette opposition, dans l'espèce, relève du pouvoir de réglementation et de contrôle de l'Inde, ou si, au contraire, elle constitue un abus ou un détournement de ce pouvoir, alors il faut bien apprécier quelles sont les responsabilités de l'Inde dans la création des situations et des faits sur lesquels elle prétend fonder son excuse. Parce que, indubitablement, s'il s'avère que de telles responsabilités lui incombent, l'excuse n'est plus valable. *Nemo allegat turpitudinem suam*. Nul ne peut se fonder sur les conséquences de sa propre faute pour échapper à l'accomplissement d'une obligation juridique.

51. En ce qui me concerne, l'étude attentive que j'ai faite du dossier et des preuves y contenues m'a fait conclure, en toute conviction, que l'Inde est responsable des événements qui se sont produits à Dadra et à Nagar-Aveli en juillet-août 1954 et que cette responsabilité l'empêche de se justifier des violations qu'elle a commises du droit reconnu au Portugal.

Toute la preuve conduit à la conclusion que les mesures prises par les autorités indiennes à l'égard du transit portugais entre Damao et les enclaves étaient destinées à faciliter l'action des bandes armées qui envahirent les enclaves et à en assurer l'impunité. Les forces de police qui furent placées autour des enclaves ne permettaient à personne provenant de Damao d'y pénétrer, mais elles ne firent aucune opposition à l'entrée des envahisseurs.

52. Pour ce qui est particulièrement du refus de passage opposé aux délégués du gouverneur de Damao, il faut relever une flagrante contradiction. Dans sa note du 28 juillet 1954, le Gouvernement de l'Inde donnait comme raison de ce refus l'état de tension qui se serait créé chez la population indienne en conséquence de ce qu'on appelait des mesures répressives prises par les autorités portugaises bien avant que l'attaque de Dadra ne fût prévue. Or, cette tension si elle existait - n'empêcha pas que des visas fussent concédés au gouverneur de Damao pour se rendre à Dadra et en revenir la veille même de cette attaque. Si, dans les circonstances alléguées par l'Inde, le passage de quelqu'un risquerait d'exciter des sentiments hostiles de la part de la population indienne, ce serait bien celui du gouverneur. Rien de la sorte n'est arrivé. Pourquoi supposerait-on que le passage de ses délégués sans armes aurait des répercussions différentes?

53. De tout ce que je viens d'exposer, je conclus :

a) Le Portugal a démontré être titulaire d'un droit de transit sur le territoire de l'Inde pour tout ce qui est nécessaire au plein exercice de sa souveraineté sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli.

But where the question arises of passing upon the validity of an excuse put forward by India for opposing the exercise of Portugal's right of transit; where it is necessary to determine whether that opposition, in the circumstances of the present case, falls within India's power of regulation and control, or whether, on the contrary, it constitutes an abuse or a misuse of that power, it does become necessary to determine the responsibility of India for the creation of the situations and facts upon which it purports to base its excuse. For, clearly, if it appears that it has such a responsibility, the excuse can no longer be valid. *Nemo allegat turpitudinem suam*. No one can rely upon the consequence of his own fault to escape the performance of a legal obligation.

51. So far as I am concerned, the careful study I have made of the record and of the evidence which it contains has led me to the conclusion, of which I am fully convinced, that India is responsible for the events which occurred at Dadra and at Nagar-Aveli in July-August 1954, and that that responsibility makes it impossible for it to justify its violations of the right recognized as belonging to Portugal.

All the evidence leads to the conclusion that the measures taken by the Indian authorities in respect of Portuguese transit between Daman and the enclaves were designed to facilitate the action of the armed bands which invaded the enclaves and to ensure their impunity. The police forces which were stationed around the enclaves did not allow anyone from Daman to enter but did not in any way oppose the entry of the invaders.

52. With particular regard to the refusal of passage to delegates of the Governor of Daman attention must be drawn to a flagrant contradiction. In its note of 28 July 1954 the Government of India gave as its reason for the refusal the state of tension which was allegedly created among the Indian population in consequence of what were called the repressive actions of the Portuguese authorities long before the attack on Dadra was under contemplation. But this tension—if it existed—did not prevent visas being granted to the Governor of Daman for a journey to and back from Dadra on the very day before the attack. If, in the circumstances alleged by India, passage by anyone was likely to excite the hostility of the Indian population, it would surely have been the passage of the Governor. Nothing of the kind occurred. Why should it be supposed that the passage of his delegates, who were unarmed, would have had different repercussions?

53. From all that I have said I conclude that:

(a) Portugal has proved that it is the holder of a right of transit through the territory of India for all that is necessary for the full exercise of its sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli.

b) Ce droit ne peut pas manquer de comprendre le passage des éléments de la force publique et les armes nécessaires au maintien de l'ordre intérieur, c'est-à-dire à l'exercice de la fonction de police dans ces territoires.

c) L'Inde a agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal.

(Signé) FERNANDES.

(b) This right cannot fail to include the passage of elements of the public forces and the arms necessary for the maintenance of internal order, that is, for the exercise of police functions in those territories.

(c) India has acted contrary to the legal obligations binding upon it by virtue of Portugal's right of passage.

(Signed) FERNANDES.

लाल बहादुर शास्त्री राष्ट्रीय प्रशासन अकादमी, पुस्तकालय
Lal Bahadur Shastri National Academy of Administration Library

मुसूरी
MUSSOORIE

यह पुस्तक निम्नांकित तारिख तक वापिस करनी है।
This book is to be returned on the date last stamped

दिनांक Date	उधारकर्ता की संख्या Borrower's No.	दिनांक Date	उधारकर्ता की संख्या Borrower's No.

GL 341.552
INT



107269
LBSNAA

341.552

Int

अवाप्ति सं०

ACC. No. ~~6218~~ 107269

वर्ग स.

पुस्तक स.

Class No.....

Book No

लेखक

Author International Court of
Justice.

341.552

Int

LIBRARY

LAL BAHADUR SHASTRI

National Academy of Administration

MUSSOORIE

Accession No. 107269

1. Books are issued for 15 days only but may have to be recalled earlier if urgently required.
2. An over-due charge of 25 Paise per day per volume will be charged.
3. Books may be renewed on request, at the discretion of the Librarian.
4. Periodicals, Rare and Reference books may not be issued and may be consulted only in the Library.
5. Books lost, defaced or injured in any way shall have to be replaced or its double price shall be paid by the borrower.

It is to keep this book fresh clean & moving